

**GILBERTO JOSÉ SCHNEIDER**

**ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DA LEI 11.705/2008 (LEI SECA)  
SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA  
RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Luis Carlos Martins  
Alves.

**Brasília**  
2011

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a adequação das alterações introduzidas no Código Brasileiro de Trânsito pela Lei 11.705/2008, que institui a alcoolemia zero para condutores de veículos automotores, ao conjunto do ordenamento jurídico vigente e aos princípios do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, aborda teorias da interpretação e aplicação das normas, a normatividade e eficácia das normas constitucionais, a teoria dos postulados normativos, noções de direito penal e administrativo, e o desenvolvimento e aplicação dos princípios ou postulados da razoabilidade e proporcionalidade na defesa dos direitos fundamentais e no controle da discricionariedade dos atos emanados dos poderes públicos. Apresenta precedentes de aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e argumentos aduzidos pela parte autora e pela Advocacia Geral da União na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.103-DF, que aguarda julgamento na Suprema Corte. O trabalho examina também o processo que deu origem à Lei, as justificativas de sua edição, o contexto de sua aplicação e os reflexos dela decorrentes, culminando com emissão de juízo valorativo sobre sua adequação.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito Penal. Trânsito. Lei Seca. Alcoolemia Zero. Embriaguez.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO .....	7
1.1 Considerações gerais .....	7
1.2 Interpretação .....	7
1.2.1. <i>A metodologia de Savigny</i> .....	7
1.2.2 <i>A visão de Kelsen</i> .....	8
1.2.3. <i>A visão de Eros Grau</i> .....	10
1.2.4 <i>A Lógica de Chaim Perelman</i> .....	15
1.2.5 <i>Conclusão Parcial</i> .....	17
1.3. Aplicação das normas constitucionais.....	18
1.3.1 <i>Natureza jurídica</i> .....	18
1.3.2 <i>Eficácia e aplicabilidade</i> .....	18
1.3.2.1 Normas constitucionais de eficácia plena.....	19
1.3.2.2 Normas constitucionais de eficácia contida.....	20
1.3.2.3 Normas constitucionais de eficácia limitada .....	22
1.3.2.3.1 Normas constitucionais de princípio institutivo .....	22
1.3.2.3.2 Normas constitucionais de princípio programático .....	23
1.3.2.4 <i>Conclusão Parcial</i> .....	24
2 NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	26
2.1 Direitos Fundamentais.....	26
2.2 Regras e Princípios .....	28
2.3 A Teoria dos Postulados Normativos .....	31
2.4 Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade .....	35
2.5 Razoabilidade e Proporcionalidade na Jurisprudência do STF .....	38
2.6 Controle dos outros Poderes pelo Poder Judiciário .....	45
3 BREVES NOÇÕES DE DIREITO PENAL E ADMINISTRATIVO .....	48
3.1 Noções de Direito Administrativo.....	48
3.2 Noções de Direito Penal .....	51
4 A LEI 11.705/2008 E SEUS REFLEXOS .....	54
4.1 Origem da Lei.....	54
4.2 Reflexos da Lei 11.705/2008.....	58
4.3 A ADI 4.103-DF.....	68
4.4 Juízo de Razoabilidade .....	71
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS .....	85

## INTRODUÇÃO

Em 21 de janeiro de 2008 o Presidente da República editou a Medida Provisória (MP) 415 proibindo a comercialização de bebidas alcoólicas ao longo das rodovias federais. A medida, que teve como justificativa de sua relevância a necessidade de reduzir o elevado número de acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras, e, como justificativa de sua urgência, a proximidade do carnaval (sic), em seu trâmite no Congresso Nacional teve seu alcance significativamente ampliado, dando origem à Lei 11.705/2008, designada como “Lei Seca”, por estabelecer no país a alcoolemia zero para os condutores de veículos automotores.

A Lei Seca entrou em vigor na data de sua publicação, e, além de outros dispositivos, introduziu importantes alterações na Lei 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), todas de caráter claramente repressivo, tornando mais restritivas algumas infrações administrativas e penais nele previstas e mais rigorosas as sanções delas decorrentes.

Cercada de forte campanha midiática e apoiada em vigorosa ação de fiscalização por parte dos órgãos de controle do trânsito, a medida surpreendeu a população e alcançou grande repercussão nos meios de comunicação, gerando muitas discussões e polêmicas. Os efeitos da estratégia agressiva usada na implantação e aplicação dos dispositivos da Lei foram sentidos de imediato, gerando grande apreensão entre os consumidores de bebidas alcoólicas e queda nos níveis de acidentes de trânsito, amplamente comemorados e divulgados pelo poder público como prova da adequação e eficiência do instrumento legal.

Além dos protestos dos consumidores atingidos, houve grande contestação da medida no âmbito da indústria de entretenimento, culminando com o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal (STF), pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.103-DF. Também no âmbito jurídico, vários doutrinadores e operadores do direito ofereceram argumentos contrários à Lei, questionando diversos de seus dispositivos.

O presente estudo visa examinar a adequação da Lei 11.705/2008 ao ordenamento jurídico brasileiro vigente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, que

estabeleceu no país o Estado Democrático de Direito. Considerando a amplitude das questões abrangidas pelo instrumento legal objeto da análise e a limitação própria de um trabalho monográfico dessa natureza, esta está focada nos dispositivos que tratam do consumo de álcool pelos condutores de veículos automotores e referenciada basicamente nos princípios constitucionais que consubstanciam o Estado Democrático de Direito, em especial na razoabilidade e proporcionalidade das normas jurídicas.

A metodologia a ser utilizada na elaboração do trabalho consiste na pesquisa bibliográfica e documental, realizada em obras de diversos autores que tratam do tema, bem como em revistas, sítios da internet, periódicos, legislações e jurisprudências. Quanto ao tipo de pesquisa, esta se caracteriza como pesquisa dogmática instrumental, fundada em documentos legais, jurisprudenciais e bibliográficos.

Visando fundamentar a análise proposta, no primeiro capítulo são examinadas teorias que cuidam da interpretação e aplicação das normas jurídicas, com enfoque especial sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. O segundo capítulo trata especificamente das normas constitucionais, tecendo considerações sobre proporcionalidade e razoabilidade e sua inserção no Direito Constitucional brasileiro, em especial após o advento da Constituição Federal de 1988, com a valorização dos direitos fundamentais e a conformação do Estado Democrático de Direito, e com o conseqüente surgimento de uma verdadeira teoria dos princípios. Trata, ainda, do controle de constitucionalidade atribuído ao STF, tecendo considerações sobre o controle dos outros poderes pelo judiciário e apresentando jurisprudências da Suprema Corte brasileira.

No terceiro capítulo são apresentadas breves considerações sobre aspectos relevantes de direito penal e administrativo, necessários ao embasamento da análise proposta, uma vez que os dispositivos em comento se inserem nesses campos do direito. O capítulo quarto é dedicado ao estudo da Lei 11.705/2008, apresentando aspectos do processo legislativo que lhe deu origem, comentando os seus principais reflexos e expondo argumentos aduzidos pelos interessados na ADI 4.103-DF, que aguarda julgamento no STF. Centrando a análise na razoabilidade e proporcionalidade, é confrontada a Lei 11.705/08 com o ordenamento jurídico pátrio, com a emissão de um juízo de razoabilidade acerca de alguns de seus dispositivos.

Finalmente, é apresentada uma breve conclusão afirmando que algumas das disposições constantes da Lei 11.705/2008 não se coadunam com o ordenamento jurídico vigente, afrontando princípios insertos na Constituição Federal de 1988, especialmente por não se adequarem aos ditames da razoabilidade e/ou proporcionalidade. Tal conclusão é naturalmente isenta da pretensão de estabelecer verdades absolutas sobre a matéria analisada, constituindo-se meramente de uma interpretação possível, especialmente diante da consciência de que eivada de influência dos pré-conceitos que conformam a percepção crítica do autor, assim como, dos limites de sua cultura e experiência jurídicas.

# 1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

## 1.1 Considerações gerais

O direito, tanto para ser aplicado por um órgão jurídico, como para ser observado pelos indivíduos ou descrito pela ciência jurídica, necessita que o sentido das normas em que está contido seja captado em sua plenitude por esse agente. Essa atividade de compreensão do conteúdo do texto normativo, denominada de interpretação, reveste-se de singular importância na concretização do direito, merecendo atenção da ciência jurídica, na tentativa de desenvolver metodologias para sua realização.

## 1.2 Interpretação

### 1.2.1. *A metodologia de Savigny*

Savigny entendia o Estado como um fenômeno entre os indivíduos, surgido da necessidade de limitar a arbitrariedade de uns contra os outros, realizando tal tarefa por meio da função legislativa. A lei, como elemento totalmente objetivo, destinado a limitar a arbitrariedade, deveria ser perfeita a ponto de evitar qualquer interferência subjetiva do aplicador<sup>1</sup>.

O juiz deveria apenas reconhecer o texto normativo e aplicá-lo ao caso concreto, mediante interpretação puramente lógica, isenta de qualquer subjetividade, excluindo, assim, a arbitrariedade. O intérprete deveria analisar o pensamento contido na lei, a partir do ponto de vista do legislador, pois a lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001, p. 2.

<sup>2</sup> Idem, p. 9.

Para Savigny, “interpretação é reconstrução do pensamento expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”<sup>3</sup>. Todas as premissas empregadas no processo interpretativo devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais.

A interpretação deve ser elaborada histórica e sistematicamente e contempla três aspectos: uma parte lógica, que cuida do conteúdo da lei examinando a relação das partes entre si; uma parte gramatical, suporte necessário da lógica; e uma parte histórica que examina o momento e o povo determinados a quem é direcionada a lei<sup>4</sup>.

### *1.2.2 A visão de Kelsen*

Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, desenvolve uma visão essencialmente positivista do direito, concebendo o sistema jurídico como um sistema fechado e hierarquizado de normas. Segundo essa teoria, partindo de uma norma fundamental hipotética, o sistema se desenvolve verticalmente em níveis, tendo no topo a Constituição e, a partir desta, vai sendo construído mediante comandos normativos cada vez mais específicos e detalhados, sempre com a norma superior condicionando e conformando a norma inferior. O sistema é fechado, isto é, contem em si mesmo a solução para todos os problemas jurídicos, não comportando lacunas<sup>5</sup>.

Em consonância com o sistema de normas hierarquizado e fechado, concebido por Kelsen, este conceitua a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um inferior”<sup>6</sup>, classificando-a como autêntica, quando realizada por um órgão aplicador do direito, e como não-autêntica, quando realizada pelas pessoas privadas ou pela ciência jurídica.

A norma superior determina (vincula) o ato através do qual se produz a norma inferior, entretanto essa vinculação nunca é absoluta, seja por impossibilidade prática ou intencionalmente, restando sempre uma margem de livre apreciação a quem irá executá-la ou produzir a norma inferior. A esse espaço residual de manobra Kelsen denomina de

---

<sup>3</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001, p. 10.

<sup>4</sup> Idem, p.9.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247.

<sup>6</sup> Idem, p. 387.



“moldura”, afirmando que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro da moldura conformada pela norma superior<sup>7</sup>.

Quando não decorrente da intenção do órgão que estabeleceu a norma a ser aplicada, a indeterminação pode decorrer da pluralidade de significados que podem ser atribuídos a certos termos ou expressões em que a norma se exprime, pode decorrer de discrepâncias entre a expressão verbal da norma e a vontade do legislador, ou, ainda, de contradição entre duas normas contidas na mesma lei.

Existindo, portanto, dentro da moldura conformada pelo direito, várias possibilidades de aplicação da norma, cujo conhecimento decorre exatamente da atividade de interpretação, naturalmente não é lícito crer que esta deva levar necessariamente a uma única solução correta<sup>8</sup>.

O direito positivo não oferece critérios definidos que indiquem qual solução possa ou deva ser preferida entre as possibilidades inscritas e identificadas no âmbito da moldura da norma, compatíveis com o ordenamento jurídico como um todo. Dizer que uma sentença (decisão) é fundada na lei, portanto, significa apenas que ela representa uma das possíveis normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura ofertada pela norma geral<sup>9</sup>.

Certamente haverá casos concretos em que os limites da moldura serão tão estritos que, praticamente, uma solução única se imporá, mas a idéia de que a norma jurídica só permite, em todos os casos, uma interpretação correta é ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para reforçar o ideal de segurança jurídica, baseada em um juízo de valor político e não na lógica científica<sup>10</sup>.

Decorre daí que, no âmbito do direito, a produção do ato jurídico dentro da moldura é livre, voluntária, limitando-se a atividade cognoscitiva à fixação dessa moldura, incidindo a partir daí outras normas de cunho moral, de justiça, de bem comum, interesse do Estado, etc.. Portanto, a interpretação autêntica, isto é, aquela realizada por um órgão

---

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 390.

<sup>8</sup> Idem, p. 390.

<sup>9</sup> Idem, p. 391.

<sup>10</sup> Idem, p. 396.

aplicador do direito, ao eleger uma das alternativas possíveis, sempre cria direito, seja ele aplicável apenas a um caso concreto ou seja de caráter geral<sup>11</sup>.

A interpretação autêntica pode, inclusive, fugindo das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da norma, produzir uma norma que se situe fora da moldura oferecida pela norma a aplicar, criando direito novo, assim entendido a partir do momento que o ato já não possa ser anulado. Já a interpretação dita não-autêntica, não tem o condão de criar direito, portanto, a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas, limitando-se a estabelecer as possíveis significações da norma jurídica, sem criar ou colmatar possíveis lacunas do direito<sup>12</sup>.

### *1.2.3. A visão de Eros Grau*

Eros Grau afirma que a interpretação (autêntica) e a aplicação do direito são uma só operação, onde o intérprete identifica (conhecimento) e/ou determina (vontade) o significado da norma. Para esse estudioso o que se interpreta são os textos normativos e os fatos, surgindo daí a norma aplicável (interpretada) ao caso concreto, a partir da qual o aplicador formula a norma de decisão, criando o direito<sup>13</sup>.

“Interpretar, em sentido amplo, é compreender signos lingüísticos”<sup>14</sup>. O intérprete, no entanto, não se limita simplesmente a descrever um significado existente em um dispositivo, mas constitui esse significado<sup>15</sup>.

Há significados mínimos incorporados ao uso ordinário da linguagem que não podem ser negados pelo intérprete, seu uso comunitário lhes concede “status” de condições dadas da comunicação. A partir desse significado mínimo o intérprete reconstrói o sentido, concretizando o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Em sentido estrito, a interpretação compreende três diferentes campos que reclamam a atuação do intérprete. No campo lingüístico as indefinições decorrem da

---

<sup>11</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 393.

<sup>12</sup> Idem, p. 394.

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

<sup>14</sup> Idem, p. 69.

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

imprecisão e das ambigüidades próprias da linguagem comum de que se servem os textos jurídicos para se expressar. No campo do sistema jurídico os conflitos dizem respeito a eventuais incoerências ou contradições do significado primário de uma norma em presença de outras normas do sistema, uma vez que a unidade e harmonia do ordenamento são pressupostas. No campo funcional podem surgir dúvidas em decorrência da possibilidade de atribuição de diferentes funções, conflitivas entre si, à mesma norma<sup>16</sup>.

A interpretação autêntica do direito consiste em dar concretude à lei em cada caso, isto é, a interpretação só é possível diante de problemas concretos, portanto, interpretação e aplicação se entrelaçam consubstanciando um processo unitário. Ao interpretar os textos normativos o intérprete toma como objeto de compreensão também o mundo real, fático, em cujo contexto histórico e cultural se dá a interpretação<sup>17</sup>.

O ato normativo, originário do poder legislativo, concretiza-se em dispositivos (textos) legais, carregando em seu bojo o significado que a eles quis atribuir o legislador. Entretanto, tais dispositivos têm por objetivo e devem transmitir um significado para aqueles a quem a lei é dirigida; pessoas comuns, doutrinadores e aplicadores do direito<sup>18</sup>. Essa passagem do autor do texto ao seu leitor se submete ao princípio comum da comunicação que diz que quem imprime o sentido à mensagem transmitida não é o emissor, e sim, o receptor.

Decorre daí que são distintos os significados insculpidos nas disposições por quem as elabora daqueles efetivamente expressados pelas normas, revelados pelo processo interpretativo necessariamente desenvolvido pelos seus destinatários em sua tentativa de compreensão de seu conteúdo e aplicação, sejam estes quais forem<sup>19</sup>.

Dispositivo e norma não são a mesma coisa, pode haver norma sem dispositivo e dispositivo sem norma, assim como, pode o mesmo dispositivo conter mais de uma norma. Exemplo disso ocorre quando o STF declara inconstitucionalidade parcial de dispositivo legal sem redução de texto ou interpretação desconforme com a Constituição. O

---

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 75.

<sup>17</sup> Idem, p. 92.

<sup>18</sup> Idem, p. 80.

<sup>19</sup> Idem, p. 81.

dispositivo permanece vigente, sendo considerada inconstitucional apenas determinada interpretação do mesmo<sup>20</sup>.

Valioso, nesse sentido, o magistério de Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado.<sup>21</sup>

A norma é, portanto, o resultado da interpretação do texto da lei em interação com os fatos, possuindo caráter constitutivo e não meramente declarativo<sup>22</sup>. Assim, no dizer de Vittorio Frosini:

A interpretação não é um simples desenvolvimento de um texto escrito a outro, que permanece em um nível meramente discursivo; o juiz extrai a mensagem legislativa de um contexto, a reúne com outras, em um novo contexto, remodelando a mensagem em uma nova realidade expressiva.<sup>23</sup>

O intérprete não cria a norma, ele a produz, no sentido de reproduzi-la, pois esta já preexiste parcialmente em seu enunciado. O enunciado normativo é alográfico, isto é, só se completa quando o sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete. Daí a inadequação da afirmação de que a norma clara não precisa ser interpretada, pois só se pode afirmar sua clareza após interpretá-la. “A interpretação do direito não é mera dedução, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”<sup>24</sup>.

Através da interpretação se processa a atualização do direito, pois esta acontece no contexto histórico presente, do qual é reflexo. Dois posicionamentos ideológicos

---

<sup>20</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87.

<sup>21</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

<sup>22</sup> Op. cit., p. 34.

<sup>23</sup> Apud, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55.

distintos quanto à finalidade e aos métodos de interpretação, fundados em diferentes valores e conduzindo a resultados muito diversos, se mostram presentes na ciência jurídica<sup>25</sup>.

O primeiro, designado por Wróblewski<sup>26</sup> como “ideologia estática de interpretação”, em nome da previsibilidade, certeza e estabilidade, entende que as normas devem ter um significado imutável, conforme com a vontade do legislador em sua formulação, só aceitando mudanças quando processadas pelo próprio legislador. Assim, fundam o processo interpretativo nas metodologias lingüística e sistêmica, repudiando a metodologia funcional.

Ocorre que a vontade do legislador, além de manifestada muitas vezes em um contexto totalmente diverso daquele da aplicação da norma, é elemento de difícil identificação. Embora hipoteticamente o Parlamento represente a vontade do povo, o processo legislativo é complexo, repleto de marchas e contramarchas, adição e supressão de emendas, termos, acordos, etc., tornando praticamente inviável a determinação da real vontade do legislador, se é que o texto legal represente de fato a vontade de alguém<sup>27</sup>.

O segundo, denominado “ideologia dinâmica de interpretação”, em nome da adequação do direito à realidade social, entende a interpretação como atividade criadora, alterando o significado da norma de acordo com o contexto de sua aplicação. Prepondera no processo interpretativo o aspecto funcional, privilegiando na metodologia lingüística o significado de uso dos termos no contexto atual e considerando, na avaliação metodológica sistêmica, as contínuas evoluções do conjunto do ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

A interpretação do direito não é uma ciência, não se trata de descobrir uma resposta a uma questão ainda não respondida, mas, antes, de buscar a solução mais adequada diante de múltiplas soluções corretas possíveis. A norma não é objeto de demonstração, mas

---

<sup>25</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.

<sup>26</sup> Apud, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

<sup>27</sup> Op. cit., p. 121.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 118.

de justificação, a lógica aplicável é a da preferência, exigindo do intérprete uma capacidade ligada à razão intuitiva, um saber prático, portanto trata-se de uma prudência<sup>29</sup>.

Segundo Eros Grau, diante da inexistência de regras definidas sobre o método interpretativo, a prudência recomenda algumas pautas a que esta deve se adequar. A primeira diz respeito à interpretação do direito em seu todo, isto é, a norma deve ser projetada de seu texto até a Constituição; a segunda se relaciona com as chamadas normas-objetivo, textos normativos que contemplam políticas públicas entendidas como fins do próprio sistema jurídico e que, dessa forma, passam a condicionar o processo de interpretação do direito, conformando a moldura do texto e dos fatos; a terceira ensina que a interpretação deve se submeter à força dos princípios que compõe a ordem axiológica do sistema, assim entendidos os princípios explícitos e implícitos no ordenamento e os princípios gerais de direito coletados no direito pressuposto<sup>30</sup>.

Os princípios são descobertos (identificados) no interior do sistema jurídico e declarados pelo aplicador e, sejam explícitos ou implícitos (latentes) constituem norma jurídica. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”<sup>31</sup>.

A tensão entre princípios é própria do sistema, cabendo ao aplicador apurar qual, no caso concreto, assume maior importância em relação aos dados da realidade. A atribuição de peso maior a um princípio não é discricionária, está vinculada pelos princípios e pelo todo do ordenamento jurídico. Não há discricionariedade, pois o intérprete formula juízo de legalidade, limitado pelo texto da lei e pelos fatos, e não juízo de oportunidade<sup>32</sup>. A escolha necessariamente se dá entre opções aceitáveis contidas dentro da moldura oferecida pelas normas aplicáveis.

---

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

<sup>30</sup> Idem, p. 104.

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 52.

No dizer de Boulanger<sup>33</sup> “regras são concreções, são aplicações dos princípios”. O afastamento do princípio implica perda de efetividade da regra que lhe dá concreção, isto é, não se dá a sua aplicação naquela hipótese determinada, embora permaneça dotada de validade e integrada ao ordenamento jurídico.

#### *1.2.4 A Lógica de Chaim Perelman*

Chaim Perelman divide a história do pensamento jurídico em três fases. Antes da Revolução Francesa, durante séculos, a ideologia jurídica tinha como foco a busca da solução justa, não se preocupava com a motivação das decisões e se fundava em critérios de justiça comuns ao direito, à moral e à religião. Vigoravam as regras consuetudinárias e os precedentes jurídicos, caracterizando-se pela exigência de tratamento igual em casos essencialmente semelhantes<sup>34</sup>.

O sistema do direito era pouco elaborado e, embora houvesse órgãos com competência para legislar e outros com competência para julgar e administrar, o poder era concentrado normalmente nas mãos do soberano.

Com a Revolução Francesa veio o princípio da separação dos poderes, a obrigação de motivar as decisões com base na lei e a codificação. O foco foi deslocado para a legalidade e a segurança jurídica; mesmo diante de obscuridade ou de lacunas, o juiz deveria motivar sua decisão com referência ao direito positivo, ficando submetido ao que se entendia como vontade geral, isto é, a lei. O aspecto sistemático e dedutivo que guiava o pensamento jurídico evidenciava a subordinação do poder judiciário ao legislativo, levando a uma visão estatizante e legalista do direito<sup>35</sup>.

Após a 2ª Grande Guerra, especialmente em função do processo de Nuremberg, a força do positivismo entrou em colapso, abrindo espaço, na interpretação e aplicação da lei, para a busca de soluções conformes à lei e também razoáveis, aceitáveis pela sociedade<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Apud, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

<sup>34</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica – Nova Retórica**. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 183.

<sup>35</sup> Idem, p. 185.

<sup>36</sup> Idem, p. 184.

O foco da ideologia jurídica está agora centrado na construção de soluções social e moralmente adequadas, valorizando as normas de direito não escritas, especialmente os princípios gerais de direito e os chamados tópicos jurídicos. Na busca de soluções equitativas e razoáveis para os casos concretos, cabe ao juiz, dentro dos limites autorizados pelo sistema de direito, mediante interpretação mais flexível da lei, aplicá-la de forma justa, constituindo-se em auxiliar e complementador da obra do legislador<sup>37</sup>.

Já não há monopólio do legislativo na formação do direito. A natureza das coisas exige do juiz um poder criativo e normativo, no domínio do direito, para adaptar a lei aos casos concretos, sem deixar de se submeter à primazia do poder legislativo em sua elaboração. “A tarefa que o juiz se impõe é, portanto, a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito”<sup>38</sup>.

O sistema jurídico está constantemente em contato e sofrendo a influência do meio social e cultural em que se insere. As soluções juridicamente bem motivadas elaboradas no arbitramento dos conflitos e, por isso, consistentes e satisfatórias, podem constituir mudanças jurisprudenciais, entretanto, “a interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada definitivamente se a solução concreta em que redundar afigurar-se aceitável”<sup>39</sup>.

A função do poder judiciário, de adequar a ordem jurídica positivada às idéias de justiça e equidade vigentes na sociedade, o coloca numa situação nem totalmente subordinada, nem em oposição ao legislativo, conferindo-lhe um aspecto de complementaridade. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais<sup>40</sup>.

O controle da inserção de juízos de valor pré-jurídicos ou pré-positivos, sem destruir a segurança jurídica do sistema e exacerbar o nível de arbitrariedade das decisões é que possibilita sua flexibilização, sem por em risco sua coerência. Este enfoque fez crescer entre os doutrinadores a força dos princípios gerais de direito e da tópica jurídica como

---

<sup>37</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica – Nova Retórica**. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 185.

<sup>38</sup> Idem, p. 114.

<sup>39</sup> Idem, p. 115.

<sup>40</sup> Idem, p. 116.



elementos valorativos de caráter consensual, capazes de conceder o necessário equilíbrio entre segurança e adequação, indispensável ao funcionamento do sistema jurídico<sup>41</sup>.

### *1.2.5 Conclusão Parcial*

Para Savigny, só quem cria direito é o legislador, pois a interpretação é apenas reconstrução. O aplicador (intérprete) não deve interferir subjetivamente no processo, limitando-se a reconstruir o pensamento do legislador mediante análise lógica dos termos gramaticais da lei, situada no momento histórico de sua formulação.

Kelsen concebe o sistema jurídico como um sistema fechado e hierarquizado de normas, onde as normas superiores condicionam e conformam a norma inferior, vinculando o ato de sua elaboração pelo legislador ou aplicador. Essa vinculação, entretanto, seja intencionalmente ou por impossibilidade prática, nunca é absoluta, restando sempre uma margem de livre apreciação a quem irá executá-la ou produzir norma inferior, espaço discricionário esse fixado pela atividade cognoscitiva de interpretação, denominado por Kelsen de “moldura da norma”.

Decorre daí a possibilidade de serem produzidas diferentes soluções (normas individuais) contidas no campo conformado pela moldura, consideradas conformes ao direito, razão pela qual o autor afirma que o aplicador, ao eleger uma das alternativas possíveis, sempre cria direito, seja de caráter geral ou aplicável apenas ao caso concreto. Kelsen admite, inclusive, que o aplicador produza uma norma que fuja da moldura conformada pela interpretação cognoscitiva, ato que, a partir do momento que não mais puder ser anulado, cria direito novo.

Eros Grau também entende que o aplicador, ao formular a norma de decisão aplicada ao caso concreto, cria direito. Para esse doutrinador interpretação e aplicação do direito são uma só operação de caráter constitutivo, pois, da interpretação do texto da lei em interação com os fatos, o aplicador produz a norma de decisão, atualizando o direito.

Grau concorda com Kelsen quanto à possibilidade de diferentes soluções que se enquadrem na **moldura da norma**, mas entende que a escolha não é discricionária,

---

<sup>41</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica – Nova Retórica**. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 116.

pois o intérprete formula juízo de legalidade, pautado pela integralidade do sistema normativo e pelos princípios que compõem a ordem axiológica do sistema.

Chäim Perelman, em posição que se assemelha à de Eros Grau, vê o aplicador do direito como complementador da obra do legislador, cabendo-lhe buscar a aplicação mais justa da lei, por meio de interpretação conforme ao direito capaz de oferecer solução equitativa e razoável para o caso concreto.

A interpretação não é simples processo dedutivo, mas uma constante adaptação dos dispositivos legais aos valores em conflito, mediante a inserção controlada de valores pré-jurídicos consensuais como os princípios gerais de direito, de forma a manter o equilíbrio entre a segurança jurídica e a adequação das decisões.

### **1.3. Aplicação das normas constitucionais**

#### *1.3.1 Natureza jurídica*

Segundo ensina José Afonso da Silva, todas as disposições que integram uma constituição rígida representam normas constitucionais. A rigidez da Constituição Federal de 1988 está implícita em seu art. 60, que estabelece processo legislativo específico para a sua modificação, diferenciado do processo previsto para a elaboração das outras leis. Destarte, todas as suas disposições têm a estrutura lógica e o sentido de normas jurídicas. “São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocas; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem”<sup>42</sup>.

#### *1.3.2 Eficácia e aplicabilidade*

As normas jurídicas existem para reger relações sociais, regular condutas humanas, isto é, para serem aplicadas. A aplicabilidade da norma exprime uma possibilidade de sua aplicação, no sentido de enquadrar em suas disposições abstratas um caso concreto, uma relação da vida real, que é submetida às suas prescrições. Nas palavras de José Afonso da Silva, “tem por objeto descobrir o modo e os meios para amparar um interesse humano”. Já Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, assim se refere ao tema:

---

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

Aplicação de uma norma, contudo, é ainda o juízo através do qual exprimimos que um indivíduo se conduz, ou se não conduz, tal como uma norma lho prescreve ou positivamente consente; ou que ele age, ou não age, de acordo com o poder ou competência que uma norma lhe atribui<sup>43</sup>.

A norma é aplicada mediante sua interpretação, mas esta só é aplicável na medida em que é eficaz, isto é, se mostra apta a produzir os efeitos jurídicos pretendidos. Não dispondo a norma de todos os requisitos necessários à sua aplicação ao caso concreto, faltarlhe-á a eficácia e, conseqüentemente, não será aplicável. Exsurge daí que eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, faces distintas do mesmo fenômeno, vista aquela como potencialidade e esta como realizabilidade prática<sup>44</sup>.

A Constituição brasileira de 1988, a exemplo da maioria das cartas políticas contemporâneas, contempla normas de diversos tipos, funções e natureza, direcionadas a diferentes finalidades, mas coordenadas e interrelacionadas entre si, de modo a constituir um sistema harmônico de normas que se condicionam reciprocamente. Todas têm natureza jurídico-constitucional e são dotadas de eficácia, podendo, entretanto, variar quanto ao grau dos efeitos jurídicos que produzem<sup>45</sup>.

José Afonso da Silva, com base no critério da aplicabilidade e eficácia, apresenta uma classificação das normas constitucionais em que propõe sua divisão em três classes: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; 3) normas de eficácia limitada, subdividindo esta classe em: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, e b) declaratórias de princípio programático<sup>46</sup>.

### 1.3.2.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Tais normas predominam entre aquelas destinadas a organizar e limitar os poderes do Estado, caracterizando-se por estabelecer conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido e são conceituadas como:

<sup>43</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60.

<sup>45</sup> Idem, p. 47.

<sup>46</sup> Idem, p. 82.

aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular<sup>47</sup>.

São de aplicabilidade imediata, incidindo diretamente sobre os interesses visados, pois são dotadas de todos os requisitos necessários à sua exectoriedade, sendo por isso ditas auto-aplicáveis, exigindo apenas para sua aplicação a existência do competente aparato judicial.

Basicamente, se inserem nessa classe as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades ou prerrogativas; c) não designam órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam elaboração de novas normas legislativas que lhe completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados<sup>48</sup>.

A título de exemplo de normas dessa natureza podem ser elencadas as seguintes disposições:

1. “a eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77” (art. 28);
2. “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (art. 145, § 2º);
3. “o casamento é civil e gratuita a celebração” (art. 226, § 1º).

### **1.3.2.2 Normas constitucionais de eficácia contida**

As normas constitucionais de eficácia contida, em regra, consagram direitos subjetivos dos indivíduos ou das entidades e têm natureza imperativa positiva ou negativa

---

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

<sup>48</sup> Idem, p. 101.

limitadora do poder público. A contenção de sua eficácia se dá pela imposição de limitações a esses direitos ou situações subjetivas de vantagem por meio de regras ou conceitos limitativos. José Afonso da Silva assim as conceitua:

Normas de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados<sup>49</sup>.

Sua aplicabilidade é imediata e direta e sua eficácia não depende de normação ulterior, ficando, entretanto, condicionada pelos limites que a lei vier a estabelecer ou pela ocorrência das circunstâncias restritivas constitucionalmente admitidas, tais como, atuação do Poder Público para manter a **ordem, a segurança pública, a saúde pública**, etc.

As normas de eficácia contida geralmente são caracterizadas pelos seguintes aspectos: a) solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura destinada a restringir a plenitude de sua eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que confere aos indivíduos, grupos ou instituições; b) sua eficácia é plena, enquanto não expedida pelo legislador a normação restritiva; c) algumas dessas normas já contêm um conceito ético-jurídico (ordem pública, interesse social, etc.), que implica a limitação de sua eficácia; d) em certos casos sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem determinados pressupostos de fato<sup>50</sup>.

Com a tendência de crescimento da prevalência dos interesses coletivos diante dos interesses individuais, no Estado Democrático de Direito tende a aumentar a ocorrência de normas de eficácia contida, especialmente entre aquelas que instituem direitos e garantias fundamentais. Assim, à guisa de exemplos de normas dessa natureza, podem ser citadas as seguintes disposições constitucionais<sup>51</sup>:

- 1) “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII);

---

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

<sup>50</sup> Idem, p. 104.

<sup>51</sup> Idem, p. 115.

2) “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII) – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nessa Constituição” (art. 5º, XXIV).

### **1.3.2.3 Normas constitucionais de eficácia limitada**

#### *1.3.2.3.1 Normas constitucionais de princípio institutivo*

As normas de princípio institutivo são primordialmente dotadas de conteúdo organizativo e regulativo, prestando-se para disciplinar, até o nível desejado, a organização, atribuições e relações de órgãos e instituições constitucionais, atribuindo ao legislador ordinário a complementação destes, segundo a forma, condições e critérios estabelecidos na própria norma. José Afonso da Silva assim as define:

São normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei<sup>52</sup>.

Podem ser impositivas, determinando peremptoriamente ao legislador a emissão de uma legislação integrativa, ou facultativas, limitando-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada. Sua eficácia é limitada, mas entram em vigor junto com a Constituição e são imediatamente aplicáveis, de acordo com a configuração de elementos autônomos que contenham.

Sua eficácia integral e a plenitude de sua aplicabilidade só se aperfeiçoam com a promulgação da lei integrativa, mas são de aplicabilidade imediata em relação à legislação anterior, inclusive quanto a normas da constituição preexistente, bem como em relação à legislação futura, que a elas deve se conformar<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

<sup>53</sup> Idem, p. 135.

De conteúdo organizativo, as normas constitucionais de princípio institutivo se caracterizam por indicar uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação, podendo ser exemplificadas pelos seguintes dispositivos:

- 1) “a lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República” (art. 90, § 2º);
- 2) “Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (art. 22, parágrafo único).

#### *1.3.2.3.2 Normas constitucionais de princípio programático*

As normas de princípio programático se situam no campo da disciplina das relações económico-sociais, servindo para atribuir fins às ações do Estado, conferindo dimensão jurídica à ordem económica e social. José Afonso da Silva assim as conceitua:

São programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado<sup>54</sup>.

São normas de princípio teleológico, pois apontam para um fim a ser atingido, revestidas de imperatividade e juridicidade, de eficácia limitada, aplicáveis nos limites dessa eficácia. Têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante quando: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da administração e do judiciário; f) criam situações jurídicas de vantagem ou desvantagem<sup>55</sup>.

São exemplos de normas constitucionais dessa natureza as seguintes disposições da Constituição Federal:

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138.

<sup>55</sup> Idem, p. 164.

- 1) “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º);
- 2) “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218);
- 3) “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

#### **1.3.2.4 Conclusão Parcial**

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser classificadas em: (i) normas de eficácia plena; (ii) normas de eficácia contida; e (iii) normas de eficácia limitada. As normas de eficácia plena são aquelas que contêm todos os elementos necessários a sua executoriedade, por isso são consideradas normas de aplicabilidade direta, imediata e integral. Desde a entrada em vigor da Constituição estão aptas a produzir todos os efeitos essenciais relativos ao tema que o legislador quis regular. Constituem-se, predominantemente, de regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, contendo comando certo e definido que exige conduta positiva ou negativa.

Já as normas de eficácia contida se caracterizam pela suficiente regulação dos interesses relativos a determinada matéria pelo legislador constitucional, mas com a concessão de margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. A atuação do legislador ordinário surge apenas para restringir a plenitude da eficácia da norma constitucional, sendo que enquanto não houver expedição da norma infraconstitucional, a norma contida na Lei Maior terá eficácia plena. Como o legislador constitucional já dá elementos necessários à executoriedade dessas normas, essas têm aplicabilidade direta e imediata.

Por fim, temos as normas de eficácia limitada, que podem ser declaratórias de princípios institutivos ou declaratórias de princípios programáticos. As primeiras são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. Já as de princípio programático, são aquelas que aparecem nas Constituições como simples princípios, ou seja, como esquemas genéricos, simples programas



a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. O ponto em comum entre esses dois tipos de normas constitucionais é que, embora tenham eficácia imediata, a plenitude de sua aplicabilidade e eficácia dependem de legislação infraconstitucional, sendo, portanto, não auto-executáveis.

## 2 NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 2.1 Direitos Fundamentais

Como direitos de defesa, os direitos fundamentais destinam-se a assegurar a esfera de liberdade individual do cidadão contra interferências indevidas do poder público, impondo ao Estado competências negativas que o obrigam a respeitar o núcleo de liberdades constitucionalmente protegido, nos termos do art. 5º da Constituição Federal. Eventuais violações do Estado a esse dever de abstenção, provenham elas do Executivo, do Legislativo, ou mesmo do Judiciário, conferem ao indivíduo atingido a correspondente pretensão de abstenção, revogação ou anulação<sup>56</sup>.

O pleno exercício da liberdade, entretanto, não resta garantido com a simples abstenção do Estado, uma vez que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais, fazendo surgir para o indivíduo duas pretensões adicionais, quais sejam as pretensões de consideração e de proteção<sup>57</sup>.

A idéia de proteção dos direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros, atribui ao Estado a obrigação de prestações positivas, que podem ser concretizadas através da proibição de certas condutas, de medidas de proteção contra ataques de terceiros ou de medidas de proteção contra riscos<sup>58</sup>.

A Constituição brasileira consagra a técnica de restrição legal a diversos direitos individuais através de diferentes dispositivos constitucionais, a exemplo do princípio geral da reserva legal enunciado no art. 5º, II, ou da reserva legal simples insculpida no art. 5º, XV, que trata do direito de livre locomoção, ou, ainda, da reserva legal qualificada consagrada no art. 5º, XII, quanto ao sigilo das comunicações telefônicas.

---

<sup>56</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

<sup>57</sup> Idem, p. 5.

<sup>58</sup> Idem, p. 12.

Reza o inciso XV do art. 5º da CF: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. A ressalva introduzida pela expressão **nos termos da lei**, não só autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção do direito assegurado, como cria para o poder público a obrigação de fazê-lo, diante da necessidade da segurança jurídica e da criação dos pressupostos fáticos indispensáveis ao efetivo exercício dos direitos constitucionalmente assegurados<sup>59</sup>. Essa intervenção, entretanto, não é isenta de limites, devendo respeitar o princípio da unidade da Constituição, no sentido de harmonizar-se com o conjunto das normas constitucionais e, principalmente, respeitar o princípio da proporcionalidade<sup>60</sup>, fundamento orientador do Estado Democrático de Direito.

Colisões podem ocorrer entre direitos fundamentais idênticos, entre direitos fundamentais diversos e, ainda, entre direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes. As restrições impostas a certos direitos individuais, submetidos à reserva legal expressa, indicam apenas ter o constituinte vislumbrado perigo de colisão no âmbito de seu exercício, sem qualquer conotação de relevância em relação aos demais direitos<sup>61</sup>. Embora sejam aceitos alguns postulados que atribuem relevo peculiar a determinados direitos, a exemplo dos valores atribuídos ao princípio da dignidade humana ou o direito à vida, as tentativas de estabelecer uma hierarquia prévia entre direitos individuais revelaram-se inadequadas.

A Corte Constitucional alemã reconheceu expressamente a possibilidade de, excepcionalmente, impor limites a direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa, em nome da unidade da Constituição e defesa da ordem global de valores por ela pretendidos, quando legitimados por colisão entre direitos individuais e outros valores constitucionais. Em seu processo de julgamento, todavia, não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, contemplando sempre as circunstâncias peculiares de cada caso, buscando dar realidade a cada um dos valores em conflito. No processo de ponderação a Corte não atribui primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito, esforçando-se por aplicar as normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. A ponderação é realizada em três planos: definição da intensidade da

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

<sup>60</sup> Idem, p. 41.

<sup>61</sup> Idem, p. 82.

intervenção; importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e, ponderação em sentido estrito<sup>62</sup>.

Como evidenciam diversos julgados, também no direito brasileiro o princípio da dignidade humana assume relevo na decisão entre posições em conflito, utilizando o STF o princípio da proporcionalidade como lei de ponderação para rejeitar a intervenção que impõe ao atingido ônus intolerável e desproporcional, do que são exemplos as decisões proferidas no julgamento dos Habeas Corpus 76.060-4 e Habeas Corpus 71.313<sup>63</sup>.

## 2.2 Regras e Princípios

Humberto Ávila concorda com a maioria dos doutrinadores no entendimento de que as normas se consubstanciam em regras e princípios, indicando três critérios de distinção entre tais categorias normativas, acrescentando, entretanto, a estas, a figura dos postulados, definidos como instrumentos normativos metódicos<sup>64</sup>.

O primeiro critério de distinção entre regras e princípios diz respeito à natureza do comportamento prescrito. Tanto os princípios como as regras tratam de condutas e de fins, sendo que as regras descrevem diretamente um comportamento o qual se adéqua e deve ser adotado para a realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêm um estado de coisas (fim) para cuja consecução certos tipos de condutas se fazem necessárias. As regras estabelecem o dever de adotar a conduta prescrita, enquanto os princípios prescrevem o dever de adotar comportamentos necessários para atingir os fins determinados, sem, no entanto descrever tais comportamentos<sup>65</sup>.

O segundo critério se refere à natureza da justificação exigida. Como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, a justificação da decisão de sua interpretação será feita mediante avaliação da concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma, isto é, a possibilidade de demonstrar a correspondência dos fatos à descrição normativa e à finalidade subjacente. Constituindo-se os princípios em normas imediatamente finalísticas e

---

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83.

<sup>63</sup> Idem, p. 102.

<sup>64</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

<sup>65</sup> Idem, p. 64.

mediatamente de conduta, a justificativa de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta, entendida como meio necessário em relação à promoção do fim posto pela norma como ideal a ser atingido<sup>66</sup>.

O terceiro critério é o da medida de contribuição para a decisão. Os princípios não englobam todas as condicionantes e não impõe uma solução específica, apenas estabelecem diretrizes valorativas que, em correlação com outras razões, contribuem para a decisão, portanto são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais. Já as regras se constituem em normas preliminarmente decisivas e abarcentes na medida em que buscam impor uma solução específica, sob a ótica de que possam conter todos os aspectos necessários à tomada da decisão<sup>67</sup>.

A partir dessas características Humberto Ávila constrói seus conceitos dos citados elementos jurídicos:

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>68</sup>.

Os princípios, ao indicar fins que devem ser atingidos, isto é, situações idealizadas, funcionam como uma orientação prática, isto é, condicionam o caminho a ser percorrido na determinação da conduta apta a concretizá-los. Se a busca de determinada situação indicada pelo princípio é um dever, e esta só pode ser realizada através de

---

<sup>66</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67.

<sup>67</sup> Idem, p. 69.

<sup>68</sup> Idem, p. 70.

determinados comportamentos, esses comportamentos (condutas) passam a ser necessidades práticas, indiretamente impostas pelo princípio. Dessa forma, embora ligados aos valores que atribuem qualificação positiva ao estado de coisas que se quer atingir, os princípios com estes não se confundem<sup>69</sup>.

As normas, tanto os princípios como as regras, desempenham diferentes funções ou eficácias, seja interna ou externamente ao sistema jurídico. Assim, atuam em relação a outras normas definindo-lhes o sentido e seu valor. Especialmente os princípios, por seu caráter finalístico, se relacionam com outras normas do sistema e são importantes para a compreensão do sentido das regras<sup>70</sup>.

Atuando diretamente sobre outras normas (subprincípios e regras), os princípios exercem uma função integradora, justificando a adição a essas normas de elementos nelas não previstos, mas inerentes ao fim colimado pelo princípio. Indiretamente, ao afastar elementos expressamente previstos considerados incompatíveis com seus fins, os princípios exercem uma função bloqueadora. Os princípios de maior abrangência (sobreprincípios) exercem, ainda, indiretamente, sobre as normas de menor abrangência uma função interpretativa, ampliando ou restringindo o sentido de seus textos normativos expressos<sup>71</sup>.

Já em relação às normas mais abrangentes (sobreprincípios), os princípios exercem função definitória, delimitando de maneira mais específica a ordem mais ampla nelas contida. Os sobreprincípios na realidade exercem uma função rearticuladora, coordenando a relação entre os diversos elementos compreendidos no todo do estado de coisas almejado por ele indicado<sup>72</sup>.

Externamente ao sistema normativo os princípios têm uma eficácia objetiva na medida em que atuam na interpretação dos próprios fatos, pois estes são interpretados em relação às normas e estas em relação àqueles. Essa eficácia se manifesta sob os aspectos de pertinência, isto é, selecionando os fatos que guardam relação com os fins estabelecidos, e sob o aspecto valorativo, privilegiando aqueles voltados à proteção dos bens jurídicos visados

---

<sup>69</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 71.

<sup>70</sup> Idem, p. 78.

<sup>71</sup> Idem, p. 79.

<sup>72</sup> Idem, p. 80.

pelo princípio. Há, ainda, a chamada eficácia argumentativa, no sentido de que sempre que o Poder Público adotar medida que restrinja algum princípio protetor de interesses jurídicos, as razões justificativas dessa restrição deverão ser proporcionais ao alcance desta<sup>73</sup>.

As regras externamente têm a função de estabelecer condutas ou atribuir competências. Já internamente ao sistema possuem uma eficácia preliminarmente decisiva, pois oferecem soluções prévias a conflitos determinados. Em relação às normas mais amplas (princípios), indiretamente exercem função definitiva, pois conformam o comportamento a ser adotado na realização dos fins por estas estabelecidos. Tais características conferem às regras um grau maior de rigidez, exigindo para sua superação razões extraordinárias, cuja avaliação se orienta pelo postulado (princípio) da razoabilidade<sup>74</sup>.

Considerando as diferentes funções desempenhadas pelos princípios e pelas regras, onde estas têm função decisiva e descrevem diretamente a conduta exigida, enquanto aqueles têm pretensão meramente complementar e indicam fins e não condutas, Humberto Ávila conclui que, em caso de conflito entre regras e princípios de mesmo nível hierárquico, devem prevalecer as regras. Argumenta o autor que a reprovabilidade do comportamento que descumpre uma norma está associada ao grau de conhecimento do comando e a seu grau de decidibilidade, ambos presentes com mais intensidade nas regras do que nos princípios, conforme demonstrado<sup>75</sup>.

### 2.3 A Teoria dos Postulados Normativos

Humberto Ávila, em sua classificação das normas jurídicas, além de princípios e regras, acrescenta, ainda, uma terceira categoria de elementos normativos, sob a qual enquadra figuras que normalmente são classificadas pela doutrina como princípios, e que denomina de “postulados normativos”<sup>76</sup>.

Entende o autor que tais elementos, situando-se em nível superior às normas objeto de sua aplicação, estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas e permitem verificar os casos em que ocorre violação dessas normas. Diferentemente dos princípios e das

---

<sup>73</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 81.

<sup>74</sup> Idem, p. 82.

<sup>75</sup> Idem, p. 85.

<sup>76</sup> Idem, p. 89.

regras, os postulados não impõe a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promovê-lo (princípios); não prescrevem indiretamente comportamentos, mas indicam modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que assim operam (princípios); não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem (regras)<sup>77</sup>.

Como deveres estruturais, os postulados normativos estabelecem vinculação entre elementos e impõe determinadas relações entre eles, evidenciando um caráter formal. Alguns exigem o relacionamento entre elementos, sem, no entanto, especificar tais elementos e os critérios que orientam essa relação, constituindo-se simplesmente de idéias gerais, sendo denominados de postulados inespecíficos. Nessa categoria o autor inclui a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso<sup>78</sup>.

Outros, para sua aplicação, dependem da existência de determinados elementos e exigem critérios relacionais específicos, razão por que são denominados de postulados específicos, enquadrando-se nessa classe os postulados (princípios) da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>79</sup>.

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, especialmente das regras, sendo usada com diversos sentidos, dentre os quais podem ser destacados principalmente três: como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto (equidade); como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com a realidade a que se referem (congruência), e; como diretriz que exige uma relação de equivalência entre duas grandezas (equivalência)<sup>80</sup>.

No sentido de equidade, a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que, para ser aplicada a norma, a sua incidência, embora necessária, não é condição suficiente. Para tanto, é necessário que o caso concreto se adéque à generalização da norma geral. Nesse sentido, a razoabilidade indica que, na análise dos fatos, deve-se considerar aquilo que normalmente acontece, ou seja, presumir que as circunstâncias destes se enquadram na normalidade, e não o contrário. Já em casos onde se evidenciem condições

---

<sup>77</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

<sup>78</sup> Idem, p. 93.

<sup>79</sup> Idem, p. 94.

<sup>80</sup> Idem, p. 102.



específicas, avultando sua anormalidade em relação à norma geral, embora incidente esta, a razoabilidade exige que se considere o aspecto individual do caso, afastando sua aplicação, quando não aceitável perante o senso comum. Esse sentido de razoabilidade se amolda à concepção aristotélica, segundo a qual *“a natureza da equidade consiste em corrigir a lei quando e onde ela é omissa, por ser geral”*<sup>81</sup>.

Como congruência, o postulado da razoabilidade requer harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. A harmonização requerida tanto se refere à necessidade de que a medida adotada se sustente em um suporte empírico existente, como à necessidade de relação congruente entre o critério de discriminação eleito e a medida adotada. As medidas não podem se desvincular da realidade, elegendo causas inexistentes ou insuficientes, nem os critérios distintivos usados podem ser arbitrários, implausíveis ou inaceitáveis, sob pena de violação aos princípios do Estado de Direito e/ou do devido processo legal<sup>82</sup>.

No sentido de equivalência, o postulado da razoabilidade exige que haja uma correspondência entre a medida adotada e o critério usado em seu dimensionamento, isto é, que a um maior valor atribuído ao critério usado no dimensionamento da medida deve corresponder uma medida de maior peso, ou que o peso da medida adotada equivalha ao peso do critério de dimensionamento<sup>83</sup>.

Embora a idéia de proporção perpassasse o direito em suas mais variadas áreas de atuação, surgindo sob diversas acepções diferentes, o postulado da proporcionalidade se aplica apenas àquelas situações em que se manifesta uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente identificáveis, isto é, uma relação entre um meio e um fim. Usado como instrumento de controle dos atos do Poder Público, o postulado da proporcionalidade é aplicado submetendo a medida aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Apud, ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 106.

<sup>82</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108.

<sup>83</sup> Idem, p. 109.

<sup>84</sup> Idem, p. 112.

Dessa forma, o autor exclui a idéia de proporção usada em outros sentidos ou com finalidades diversas, relacionada aos conceitos de ponderação de bens, concordância prática, razoabilidade ou proibição de excesso, restringindo ao conceito do postulado da proporcionalidade a idéia de proporção entre o meio utilizado e o fim visado pela medida, em uma relação necessária de causa e efeito. A aplicação do postulado se dá através da análise de três aspectos: aptidão do meio para promover o fim (adequação); uso do meio menos restritivo entre aqueles adequados à realização do fim (necessidade); e, capacidade do fim visado de justificar as restrições impostas pelo meio empregado (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>85</sup>.

O exame da adequação exige que a eficácia do meio utilizado seja teoricamente capaz de contribuir para a promoção gradual do fim, não exigindo seja este o mais intenso, melhor e mais seguro meio para tal. A exigência de adequação se refere ao momento e às condições em que a medida foi adotada, e, sendo medida de caráter geral, será considerada adequada se de forma abstrata e na maioria dos casos servir para a promoção do fim, mas, tratando-se de ato individual, só será adequada se o fim for concretamente atingido em todos os casos individuais. O autor, entretanto, entende que, em função do regime de separação dos poderes e da conseqüente independência e autonomia, inerentes ao exercício das funções legislativa e administrativa, somente uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada da inadequação da medida permite ao julgador a invalidação da escolha do legislador ou do administrador<sup>86</sup>.

Para avaliar a necessidade da medida, necessário se faz a verificação da existência de outros meios, igualmente capazes de promover o fim, sem restringir, ou restringindo com menor intensidade, direitos fundamentais individuais ou coletivos. Como os meios alternativos normalmente apresentam diferentes possibilidades de promoção dos fins sob os aspectos qualitativo, quantitativo e probabilístico, a tarefa de determinar o grau de promoção do fim de cada meio pode ser bastante difícil. Nos casos em que a eficácia dos meios alternativos na promoção dos fins seja equivalente, variando apenas o grau de restrição, não haverá grande dificuldade em avaliar qual o meio menos restritivo. No entanto, quando os meios alternativos apresentam simultaneamente diferentes graus de promoção dos fins e

---

<sup>85</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.

<sup>86</sup> Idem, p. 121.

diferentes graus de restrição de direitos fundamentais, é inevitável a ponderação entre tais valores, atentando sempre para os princípios da legalidade e da separação dos Poderes<sup>87</sup>.

O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? O exame da proporcionalidade em sentido estrito busca na resposta a esse questionamento avaliar se a medida adotada se conforma ou não ao postulado da proporcionalidade. Evidentemente se trata de comparar valores atribuídos ao fim promovido pela medida, normalmente relacionados ao interesse coletivo, com valores atribuídos a restrições de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, configurando avaliação de caráter eminentemente subjetivo<sup>88</sup>.

## 2.4 Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Os princípios que fundamentam a Constituição, sejam eles expressos no texto constitucional ou apenas implícitos, têm a função de orientar todo arcabouço jurídico e, em tendo poder normativo, vinculam tanto o administrador como o legislador e o julgador com eficácia jurídica. Dessa forma, segundo Eduardo Slerca, embora abstratos, seu caráter fundante do sistema lhes concede superioridade sobre as regras, as quais não poderão afrontá-los<sup>89</sup>. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora apresentando diferenças em sua conceituação, em função de sua origem, respectivamente da *civil Law* este e da *common Law* aquele, guardam entre si grande similaridade, especialmente no que diz respeito à sua aplicação preponderante, que se consuma no controle judicial da justiça dos atos administrativos e legislativos, guardando fungibilidade entre si<sup>90</sup>.

A cláusula que insculpe expressamente o devido processo legal no texto da Constituição brasileira, em tradução literal da cláusula do *due process of Law* da constituição estadunidense, de onde se extrai o princípio da razoabilidade aplicado naquele país, certamente confere grau constitucional ao mesmo princípio em nosso ordenamento<sup>91</sup>, embora

---

<sup>87</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124.

<sup>88</sup> Idem, p. 124.

<sup>89</sup> SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002, p. 23.

<sup>90</sup> Idem, p. 31.

<sup>91</sup> Idem, p. 29.

nos filiemos ao sistema da *civil Law*. Mais adequado ao nosso sistema, o princípio da proporcionalidade, a exemplo do que ocorre no direito germânico, de onde se originam muitos institutos adotados na legislação pátria, tem sua constitucionalidade entendida por grande parte da doutrina como implícita, sendo, inclusive, usado na fundamentação de diversos votos em julgados do STF<sup>92</sup>. Mesmo que assim não fosse, admitida a constitucionalidade do princípio da razoabilidade e sua fungibilidade com aquele, fica evidenciada na constituição brasileira a presença de princípio fundante, dotado de normatividade e eficácia jurídica, vinculante ao administrador, ao legislador e ao julgador e que tem como aplicação principal o controle jurisdicional da justiça dos atos administrativos e legislativos<sup>93</sup>.

A história do princípio da proporcionalidade registra seu aparecimento inicialmente no controle dos atos administrativos em França, passando posteriormente, ao ingressar no Direito Constitucional, a ser aplicado na aferição das leis<sup>94</sup>. Já o princípio da razoabilidade tem sua origem ligada à cláusula “Law of the land”, da Carta Magna inglesa de 1215, inicialmente com caráter exclusivamente processual, passando a ser empregada com caráter material no controle das leis por ação da Suprema Corte norte-americana<sup>95</sup>.

Entendida a Constituição como um sistema normativo aberto de princípios, regras e procedimentos, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional são entendidas como partes imperiosamente inter-relacionadas no fenômeno jurídico-social, submetendo-se indistintamente ao crivo da razoabilidade no exercício da discricionariedade inerente a cada um dos poderes<sup>96</sup>. Assim, conforme Canotilho, “*o princípio da razoabilidade aplica-se a todas as espécies de actos públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição*”<sup>97</sup>.

Evidente, portanto, não só a possibilidade, mas, mais que isso, o dever do poder judiciário de aferir a adequação dos atos legislativos e administrativos a tais princípios constitucionais, demonstrando que a discricionariedade do administrador e a autonomia do legislador não são absolutas. Não descabido o temor de que a discricionariedade excessiva ora

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51-67.

<sup>93</sup> SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002, p. 31.

<sup>94</sup> Idem, p. 81.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003, p. 74.

<sup>96</sup> Idem, p. 116.

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 266.

atribuída ao administrador e ao legislador passe para o julgador, efetivando-se certo predomínio do judiciário sobre os demais poderes<sup>98</sup>.

Embora a Suprema Corte brasileira em seus julgados venha invocando com mais frequência o princípio da razoabilidade, possivelmente em função de encontrar no texto constitucional dispositivo explícito que o contenha, e de sua maior fluidez não exigir condições e requisitos definidos para sua aplicação, certamente é o princípio da proporcionalidade que se mostra mais apto a exercer esse papel, tendo em vista sua origem na *civil Law* e sua maior tecnicidade, decorrente de sua decomposição em elementos e requisitos que claramente orientam e conformam sua aplicação aos casos concretos, quais sejam os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal tecnicidade, além de facilitar sua aplicação, tem também o dom de limitar significativamente o risco de excesso de discricionariedade do julgador<sup>99</sup>.

Apesar de o tema suscitar na doutrina inúmeras controvérsias, a posição majoritária concorda que, admitida distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, as similaridades são muito mais significativas que eventuais diferenças, sendo inconteste a sua fungibilidade e aplicação preponderante no controle da discricionariedade dos atos públicos. A coincidência entre fundamentos encontrados nas decisões do Tribunal Constitucional alemão na análise do princípio da proporcionalidade e aqueles elencados pela Suprema Corte norteamericana na análise do princípio da razoabilidade corrobora o entendimento de que se trata do mesmo princípio.<sup>100</sup>

Acatado como princípio único e optando pela denominação de razoabilidade, em função da maior abrangência da acepção gramatical do termo (razão) em relação ao termo proporcionalidade (proporção), a constatação de que o mesmo está incontroversamente positivado no texto constitucional, insculpido em diferentes dispositivos da Carta Magna brasileira, ressalta sua importância e amplitude de atuação<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002, p. 33.

<sup>99</sup> Idem, p. 115.

<sup>100</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003, p. 86-87.

<sup>101</sup> Idem, p. 88.

Estabelecida a constitucionalidade do princípio e sua condição de norma fundante, que condiciona todo ordenamento jurídico, evidencia-se que a ele se subordinam todos os ramos do direito em nome da unidade do sistema jurídico e, especialmente, em nome da unidade da Constituição, à qual se submetem todas as normas. Nesse sentido, inevitável concluir que o princípio se impõe a toda sociedade, não podendo subsistir o entendimento, em nome da separação de poderes, de que a ele não se submetem os atos legislativos e administrativos. Seria aceitar que o legislador e o administrador estivessem acima da própria Constituição<sup>102</sup>.

## **2.5 Razoabilidade e Proporcionalidade na Jurisprudência do STF**

A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, embora apresente registros já em épocas bastante remotas, mostra incremento significativo a partir do advento da Constituição Federal de 1988. A abrangência da aplicação dos citados princípios se confirma através do registro de sua citação esporádica na análise de matérias bastante diversificadas, contudo, sua função primordial no controle dos atos do Estado se confirma pela concentração dos registros em matérias específicas dessa natureza.

Tema recorrente em julgamentos do STF, decididos com base no princípio da razoabilidade, diz respeito ao prazo em que o cidadão pode ser mantido em prisão preventiva, do que são exemplos os Habeas Corpus ns. 87.776/SP, 83.977/RJ, 84.931/CE, 98.621/PI e 104.845/SP. O mesmo princípio também fundamenta decisões quanto a pedidos de quebra de sigilo bancário, nos moldes do acórdão proferido no Agravo de Instrumento 655.298 AgR/SP.

Dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, antecipando a data do pagamento dos salários dos funcionários públicos estaduais, foi declarado inconstitucional por ferir o princípio da razoabilidade, conforme acórdão prolatado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 247/RJ. Da mesma forma, o princípio da razoabilidade fundamentou o julgamento da constitucionalidade/inconstitucionalidade de diversos itens do Estatuto do Desarmamento, conforme acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112/DF, tema de grande repercussão na mídia nacional.

---

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003, p. 117.

É comum o questionamento da constitucionalidade de requisitos exigidos para inscrição em concursos públicos, questão geralmente decidida pelo STF com fundamento no princípio da razoabilidade, a exemplo da ADI 1.040/DF. Outro tema que suscitou diversas decisões da Corte Suprema, fundamentadas com base no mesmo princípio, foi a questão da representação política dos municípios, no que se refere ao número de vereadores, do que são exemplos os Recursos Extraordinários 276.546/SP, 266.994/SP, 273.844/SP e 282.606/SP.

Já o princípio da proporcionalidade aparece como fundamento da decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.551/MG, que questionou taxa instituída pelo Estado de Minas Gerais. Também inúmeros pedidos de intervenção federal em Estados da Federação, em decorrência do não pagamento de precatórios em conformidade com determinação judicial, tiveram como fundamento da decisão o princípio da proporcionalidade, do que são exemplos as Intervenções Federais 2.127/SP, 2.737/SP, 2.909/SP e 3.292/SP.

Relevante para a análise da força dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos presentes na fundamentação das decisões, entre outras, prolatadas nos Habeas Corpus 97.256/RS, 103.308/SP, 104.587/MG e 106.442/MS, é a questão da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.346/2006 (Lei de Drogas), que vedavam em abstrato a conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Os registros de aplicação dos citados princípios na jurisprudência do STF não são raros e aparecem em votos dos mais diversos Ministros da Corte, entretanto, na maioria das vezes, limitados à simples citação do princípio, sem indicar o dispositivo constitucional que o alberga nem justificar fundamentadamente sua incidência. Alguns votos indicam o art. 5º, LV e/ou LIV da Constituição Federal como sede de tais princípios, o que é irrelevante, pois a aplicação efetiva e reiterada destes demonstra de forma incontroversa que a Corte os considera presentes na Carta Magna e, em consequência, no ordenamento jurídico brasileiro.

Entre os poucos votos que oferecem fundamentação mais detalhada da aplicação destes princípios, mas que servem de indicação do sentido em que são aplicados, inscrevem-se os votos prolatados no *Habeas Corpus* 103.308/SP e na Intervenção Federal

2.909/SP, respectivamente, pelos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, dos quais segue transcrição de excertos:

(...) Importante destacar, ainda, nessa linha, em face de sua extrema pertinência, a oportuna advertência de PAULO QUEIROZ (Vedação de Pena Restritiva de Direito na Nova Lei de Drogas):

*“(...). Mas isso não impede que o juiz, senhor que é da individualização da pena, de dar à nova lei interpretação conforme a Constituição, tomando como parâmetro a legislação infraconstitucional inclusive, especialmente o Código Penal. (...)”*

*Portanto, não parece justo ou razoável, nem conforme os princípios de proporcionalidade, individualização da pena e isonomia, que o juiz, ao condenar o réu por crime de tráfico a pena não superior a quatro anos, não possa substituí-la em virtude da só vedação legal, mesmo porque a missão do juiz já não é mais, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição (Ferrajoli). (...)”.*

Essa repulsa doutrinária e jurisprudencial a preceitos legais, como esses que venho de mencionar, decorre da premissa de que o Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode



atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p.56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3., 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico da contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, questões pertinentes ao direito penal fundamental (RAQUEL DENIZE STUMM, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho de atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e

irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídos de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas. (...) (MELLO, Celso Antonio Bandeira de: Habeas Corpus 103.308/SP, DJe 22/02/2011)

(...) O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas, que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p.264).  
(...)

O exame da proporcionalidade, no caso em apreço, exige algumas considerações sobre o contexto factual e normativo em que se insere a presente discussão.

Desse modo, não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção. Nesse sentido, constam do memorial apresentado pelo Estado de São Paulo, os seguintes dados, verbis: (...)

Nesse quadro de conflito, assegurar, de modo irrestrito e imediato, a eficácia da norma contida no art. 78 do ADCT, pode representar negativa de eficácia a outras normas constitucionais. Exemplo bastante ilustrativo é a obrigação

dos Estados no que se refere à educação e à saúde. Nos termos do art. 212 da Constituição, os Estados estão obrigados a aplicar vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. A Constituição também prevê, no art. 198, § 2º, a aplicação de recursos mínimos pelos Estados na área de saúde. O descumprimento de tais obrigações, por óbvio, representaria negativa de eficácia a normas constitucionais, bem como implicaria a configuração de específica hipótese de intervenção federal. De fato, o art. 34, VI, alínea “e”, prevê expressamente, como hipótese de intervenção, a garantia da observância da “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”. (MENDES, Gilmar Ferreira; IF 2909/SP, Diário da Justiça de 28/11/2003)

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a medida extrema da intervenção atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, estará sujeito àquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais.

Enfim, resta evidente que a intervenção, no caso, sequer consegue ultrapassar o exame de adequação, o que bastaria para demonstrar sua ausência de proporcionalidade.

Também é duvidoso que o regime de intervenção seja necessário, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que

preservar a chefia do Estado será igualmente eficaz à eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração de um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado.

A intervenção não atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia, e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade. Não se contesta, por certo, a especial relevância conferida pelo constituinte aos créditos de natureza alimentícia. Todavia, é inegável que há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de uma intervenção pautada por um objetivo de aplicação literal e irrestrita das normas que determinam o pagamento imediato daqueles créditos. (MENDES, Gilmar Ferreira: Intervenção Federal 2.909/SP, DJ 28/11/2003)

## 2.6 Controle dos outros Poderes pelo Poder Judiciário

A função de julgar a conformidade de qualquer ato com a Constituição é por ela mesma atribuída ao Judiciário, dever-poder ao qual este não pode se furtar. O princípio da separação de poderes confere ao executivo e ao legislativo um campo de discricionariedade inerente ao exercício de sua função específica, discricionariedade essa condicionada pelos princípios que conformam a administração e a atividade legislativa, com destaque para os princípios da razoabilidade e da prevalência do interesse público. Cabe ao judiciário aferir se os atos emanados do executivo e do legislativo se adéquam às exigências legais e principiológicas da Constituição, não questionando as decisões no âmbito discricionário dessas instâncias, mas avaliando se as mesmas se atêm ao limite da discricionariedade conformado pelos princípios, ou se extrapolam tais limites, ingressando no campo da ilegalidade ou da arbitrariedade<sup>103</sup>.

Não só os atos dos demais poderes devem ser submetidos ao crivo da razoabilidade, como também os atos do próprio judiciário a ele se submetem<sup>104</sup>. O exercício

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003, p. 123-126.

<sup>104</sup> SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002, p. 135.

fático desse controle exige instrumentos capazes de viabilizá-lo, surgindo nesse contexto, sob os parâmetros do Estado Democrático de Direito, que privilegia os cânones da boa-fé, da transparência, da publicidade e da cidadania participativa, o mandamento da motivação obrigatória dos atos, como ferramenta necessária<sup>105</sup> à realização de tais cânones e à viabilização do controle de sua razoabilidade. Explícita no âmbito das decisões judiciais e das decisões administrativas dos tribunais, a obrigatoriedade de motivação dos atos, no entendimento da corrente minoritária a que se filia Fábio Corrêa Souza de Oliveira, se estende a todos os atos executivos, aplicando-se também, por ação do princípio da razoabilidade, ao processo legislativo.

Ao estatuir, em seu art. 1º, como forma de Estado, o Estado Federativo Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 deixa claro que toda atividade estatal está submetida à lei e ao direito, cabendo ao poder judiciário apreciar a legalidade dos atos administrativos e a constitucionalidade das leis e demais atos normativos<sup>106</sup>. Assim, diante de atos desconformes com o ordenamento, só resta ao julgador anulá-los, sendo-lhe defeso omitir-se perante tal dever-poder.

O princípio da separação de Poderes não invalida a necessidade de controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes pelo Judiciário, pois, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais só se concretiza mediante a atuação dos poderes legislativo e executivo em conformidade com as disposições constitucionais, de cuja função de guardião o Supremo Tribunal Federal não pode se abster<sup>107</sup>.

Os atos normativos, entre eles a lei, além da conformidade de seu sentido formal, emanada do processo de sua elaboração e relacionada a eventuais vícios de competência e forma, devem também guardar conformidade material com a Constituição, adequando-se à realização dos valores consagrados pelos princípios fundamentais nela contidos.

---

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003, p. 162.

<sup>106</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 41.

<sup>107</sup> ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 127.

Da mesma forma que os atos normativos, os atos administrativos de caráter executório também se submetem ao crivo do controle judiciário sob o ângulo de sua legalidade, tanto formal quanto material, resguardado apenas o campo discricionário permitido pela lei quanto aos aspectos de oportunidade e conveniência, naquilo que não afrontem os princípios que conformam a atividade pública.

### 3 BREVES NOÇÕES DE DIREITO PENAL E ADMINISTRATIVO

#### 3.1 Noções de Direito Administrativo

Certamente é finalidade do Estado a promoção do interesse público e, nesse sentido, o interesse público é o próprio interesse do Estado (interesse primário do Estado), mas não se pode confundir o interesse público com o interesse da administração ou do Estado como pessoa jurídica (interesse secundário do Estado). O interesse público, entendido como o interesse do todo social, dá uma dimensão pública aos interesses individuais dos membros da sociedade, portanto, embora eventualmente o interesse público possa se contrapor a um dado interesse individual, não se concebe um interesse público discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o interesse público como: “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”<sup>108</sup>.

Nesse sentido cumpre observar que, embora seja função precípua do Estado promover o interesse público e seja princípio básico do direito administrativo a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, os interesses públicos constituem direitos subjetivos que podem ser titularizados individualmente pelos particulares, inclusive em sua defesa contra o próprio Estado quando este se desvia de sua finalidade ou da legalidade<sup>109</sup>.

A individualização dos diferentes interesses qualificáveis como “interesses públicos” deve ser encontrada no direito positivo, isto é, quem o faz é a Constituição e, a partir desta, o Estado através dos órgãos legislativos e administrativos, nos limites da discricionariedade que a lei lhes tenha atribuído<sup>110</sup>. Embora a liberdade do legislador seja muito mais ampla que a limitada discricionariedade concedida ao administrador, esta não é absoluta, submetendo-se aos ditames da Constituição, evidenciando-se entre os princípios que

---

<sup>108</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71.

<sup>109</sup> Idem, p. 73.

<sup>110</sup> Idem, p. 78.



a conformam a razoabilidade. Razoabilidade engloba não apenas retidão de fins, mas também, proporcionalidade axiológica, podendo a irrazoabilidade manifestar-se pelo desvio de finalidade, pela desproporção entre a norma e o fim visado, ou, ainda, na relação entre os fatos que determinam o ato e seu objeto, como ocorre no caso em que a punição é excessiva em relação à gravidade da infração cometida<sup>111</sup>.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto lógico do convívio social, condição de existência da própria sociedade, dispensando qualquer dispositivo constitucional que o ratifique. Dele decorrem a exigibilidade e, nos casos de previsão legal e/ou urgência da medida, a auto-executoriedade dos atos administrativos. Também o princípio da autotutela, que permite à administração revogar, dentro de certos limites, os próprios atos quando inconvenientes ou inoportunos (campo da discricionariedade) e a obriga a anular os atos inválidos, é daí decorrente. A incorreta utilização de tais prerrogativas tem, entretanto, nos institutos do habeas corpus e do mandado de segurança os remédios judiciais adequados à sua correção<sup>112</sup>.

Tais prerrogativas da Administração não são por esta manejáveis a seu bel-prazer, pois se trata de deveres-poderes atrelados ao cumprimento de suas finalidades (interesse público) cujo escopo é imposto pela Constituição e/ou pela lei, excluindo a autodeterminação e a autonomia da vontade do administrador. Assim, no caso concreto, os poderes da administração não podem ir além da medida necessária ao atendimento da finalidade em que se fundam. Nesse sentido as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

os poderes administrativos – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, extralimitação da competência. É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal,

---

<sup>111</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 201.

<sup>112</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79.

comportamento inválido que o judiciário deve fulminar a requerimento do interessado<sup>113</sup>.

Esse entendimento é complementado pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, uma vez que, próprios da coletividade, são inapropriáveis, cabendo apenas à administração o dever de dar cumprimento às finalidades que lhes servem de parâmetro, na estrita conformidade do que dispuser a lei.

O princípio da razoabilidade, fundamentado nos artigos 5º, II; 37 e 84 da Constituição Federal, indica que a administração, ao atuar no exercício do poder discricionário que a lei lhe conceder, deverá obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas. Serão jurisdicionalmente inválidas por ilegítimas condutas que não se adéquem a esses critérios de prudência, sensatez e acatamento às finalidades da lei.

A discricção administrativa visa permitir que o administrador adote a providência ótima para o caso concreto, isto é, aquela que melhor atenda à finalidade da lei, não lhe permitindo, no entanto, agir ao sabor dos próprios interesses, humores ou paixões. Providências desarrazoadas violam o princípio da finalidade e, sendo a finalidade integrante da própria lei, serão ilegítimas, portanto anuláveis pelo Poder Judiciário<sup>114</sup>.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da proporcionalidade é portador do mandamento de que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”. Condutas que ultrapassem tais limites, especialmente em atos que restringem situações jurídicas dos administrados, restam eivadas de ilegalidade, uma vez que ninguém é obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à realização do interesse público. A inadequação à finalidade da lei é inadequação á própria lei, portanto, atos desproporcionais são ilegais, devendo, quando

---

<sup>113</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82.

<sup>114</sup> Idem, p. 92.

impossível anular somente o excesso detectado, ser invalidados pelo judiciário, se chamado a fazê-lo<sup>115</sup>.

### 3.2 Noções de Direito Penal

Embora estabelecidos em diploma legal diverso do Código Penal, os crimes capitulados no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) fazem parte da legislação penal. Submetem-se, portanto, aos mesmos princípios e dispositivos gerais consubstanciados na codificação penal, razão pela qual se faz necessário entender alguns princípios básicos que orientam esse ramo do direito, no intuito de avaliar o alcance e a adequação dos tipos e procedimentos de ordem penal regulados por tal legislação extravagante.

Nesse sentido, é incontestável a finalidade preventiva do direito penal, principalmente em sua vertente de prevenção geral, buscando através dos tipos penais indicar o que é e o que não é permitido e, com a cominação de penas a serem aplicadas a quem infringir os mandamentos de tais tipos, atemorizar potenciais infratores, evitando a conduta proibida<sup>116</sup>.

A simples previsão legal da pena, todavia, tem eficácia preventiva reduzida, a qual é aumentada significativamente de acordo com a efetividade da presença física e atuação dos organismos estatais empenhados na prevenção e combate à criminalidade, os quais encontram nos tipos e penas cominadas a autorização para suas ações<sup>117</sup>.

O crime, entretanto, é fenômeno social complexo, efeito de muitas causas, o qual não pode ser combatido exclusivamente pelo temor da pena através da ampliação do alcance ou severidade das leis, as quais, quando exageradas, podem produzir efeito inverso, operando como intolerável meio de opressão, vindo a se constituir em fator criminógeno<sup>118</sup>.

A história ensina que moral e direito embora se interpenetrem não se confundem, pois são de triste memória as atrocidades cometidas em nome do bem, com os detentores dos poderes espiritual e temporal interferindo na esfera da consciência individual, como se o modo de pensar de cada um pudesse ser induzido à força na direção do bem. Da

---

<sup>115</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 93.

<sup>116</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3.

<sup>117</sup> Idem, p. 4.

<sup>118</sup> Idem, p. 5.

mesma forma, a separação entre moral e direito levada a extremo se mostrou inadequada, pois propiciou a instrumentalização do ordenamento jurídico-penal pelo Estado totalitário, desvinculado de limitações na elaboração e aplicação da lei, assim usada para fins condenáveis<sup>119</sup>.

Embora os conteúdos da norma penal e da norma moral não sejam perfeitamente coincidentes, conceitos como **culpabilidade** e **ação injusta**, profundamente entranhados no direito penal, indubitavelmente têm origem ética, não se podendo conceber um ordenamento penal em contradição com a ordem moral vigente na sociedade. Welzel assim se manifesta sobre o tema:

um ordenamento social só é direito quando for mais que uma contingente manifestação de força, quando procurar realizar o que é socialmente verdadeiro e justo...e assim puder apresentar-se ao indivíduo não apenas como constrição, mas também com a pretensão de obrigá-lo em consciência<sup>120</sup>.

Nem tudo que é lícito é honesto, não cabendo ao direito penal tentar modelar a personalidade, o caráter ou a formação moral da pessoa. Seu caráter é subsidiário e limitado, cabendo-lhe funcionar como *ultima ratio regum* na proteção aos bens jurídicos expostos a perigo ou lesão grave, não alcançados ou insuficientemente protegidos pelos demais ramos do direito<sup>121</sup>.

Bens jurídicos são valores ético-sociais selecionados pelo direito e colocados sob sua proteção para evitar sua exposição a perigo de ataques ou a lesões efetivas, com o objetivo de assegurar a paz social. A tutela do direito penal, mesmo em relação a esses bens selecionados, se restringe a certas espécies e formas de lesão grave, real ou potencial, pois não pode o direito tentar afastar todos os riscos, o que de resto seria impossível<sup>122</sup>.

A tentativa de deslocar o objeto do direito penal da proteção de bens jurídicos, conforme tentado com a definição de delito como **infração de dever**, implicaria um

---

<sup>119</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 8.

<sup>120</sup> Apud, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 10.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 14.

<sup>122</sup> Op. cit., p. 16.

direito penal do ânimo ou da vontade<sup>123</sup>, abrindo a possibilidade de abusos de toda ordem, pois figuras delitivas que não impliquem lesão real ou potencial a bens jurídicos representam a admissão da pretensão punitiva do agente pelo seu modo de pensar ou de ser. Por esta razão grande parte da doutrina condena os chamados **crimes de perigo abstrato**, conceito em que é enquadrado por muitos o tipo contemplado no art. 306 do CTB<sup>124</sup>.

O direito penal de índole democrática, embora não deixe de considerar o autor (agente), se fundamenta na análise do fato (conduta), o qual é considerado crime quando revestido simultaneamente de seus três elementos estruturais: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. O juízo de tipicidade, portanto, não é decisivo para caracterizar o crime, pois para tal ainda serão necessários os juízos de ilicitude e culpabilidade. Já o juízo de atipicidade é definitivo, pois prescinde de qualquer outra valoração na órbita penal para afastar a conduta (fato) do âmbito criminal. Para ser típica (juízo de tipicidade) a conduta precisa ajustar-se formal e materialmente (subsunção) ao tipo, isto é, conter todas as elementares do tipo e mostrar-se materialmente lesiva a bens jurídicos ou ética e socialmente reprovável, o que não ocorre, por exemplo, nos casos em que a conduta é considerada socialmente adequada (adequação social) ou o dano é considerado insignificante (bagatela)<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

<sup>124</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14396>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

<sup>125</sup> Op.cit., p. 125.

## 4 A LEI 11.705/2008 E SEUS REFLEXOS

### 4.1 Origem da Lei

Por inspiração do Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), o governo federal editou o Decreto 6.117, de 22 de maio de 2007, estabelecendo a Política Nacional sobre o Álcool e, em decorrência de recomendações constantes desse documento, editou a Medida Provisória (MP) 415, de 21 de janeiro de 2008. Visando coibir a ingestão de bebidas alcoólicas pelos condutores de veículos, a MP 415 proibiu a venda a varejo e o oferecimento para consumo de bebidas alcoólicas ao longo das rodovias federais, atribuindo à Polícia Rodoviária Federal o encargo de fiscalizar o cumprimento da norma<sup>126</sup>.

Os Ministérios propositores justificaram a medida alegando o crescimento do consumo de álcool, assim como das doenças a ele relacionadas e dos acidentes de trânsito. Como dados objetivos indicaram estatística do Ministério da Saúde contabilizando a ocorrência, no ano de 2004, de 35.674 mortes por acidentes de trânsito, sem fazer qualquer relação com o uso do álcool. Indicaram, ainda, pesquisa realizada pela Associação Brasileira dos Departamentos de Trânsito no ano de 1998, em quatro capitais de Estados, em que ficou constatado que de 865 vítimas de acidentes de trânsito examinadas, 27,2 % apresentavam concentração alcoólica superior a 0,6 g/l de sangue.

No Congresso Nacional a MP mereceu a designação de Comissão Mista para proceder ao seu exame, a qual, após longos debates, inclusive com a realização de duas audiências públicas e com a apreciação de 47 emendas propostas, apresentou o Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 13/2008, de autoria do Deputado Hugo Leal, relator da matéria. Embora a maior parte das emendas tivesse o intuito de diminuir o alcance da proibição, especialmente quanto a estabelecimentos situados em perímetro urbano, a proposta elaborada pelo relator e levada à votação ampliou significativamente o campo de atuação do instrumento legal, criando a chamada alcoolemia zero.

---

<sup>126</sup> SENADO FEDERAL. **PLV – Projeto de Lei de Conversão Nº 13 de 2008**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85048](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85048)>. Acesso em 04 abr. 2011.

Ao justificar, no voto do relator, o mérito da proposição apresentada, o autor admitiu a licitude e a longa tradição do consumo de bebidas alcoólicas, nos seguintes termos:

O álcool está presente na vida do homem desde o começo das civilizações, atuando como elemento capaz de causar alterações no comportamento e nas relações sociais. Lícito e culturalmente aceito, desde sempre faz parte de vários eventos humanos, seja para celebrar conquistas ou aliviar desconfortos<sup>127</sup>.

Mercê do grande número de emendas apresentadas nesse sentido e, visando, nas palavras do relator, “reduzir o campo de contestação social e de embate jurídico em torno da medida”, na proposta do PLV foram excluídos da incidência da lei os trechos de rodovias federais inseridos em áreas urbanas e limitada a proibição ao oferecimento e venda varejista de bebidas alcoólicas para consumo no próprio local. Para permitir maior efetividade na fiscalização foi incluída autorização para realização de convênios da União com os Estados e Municípios no sentido de distribuir tais encargos entre os entes da Federação.

Como medida de maior impacto, foi introduzida no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) a chamada alcoolemia zero, isto é, a proibição de dirigir com qualquer concentração de álcool no sangue. Entre as razões para justificar a medida foi afirmado que está cientificamente comprovado que, mesmo em pequenas doses, a ingestão de álcool produz efeitos que reduzem a acuidade veicular, e que, como, a menos que seja submetido a exame, após beber, ninguém é capaz de avaliar objetivamente se está ou não apto a dirigir, se justifica a exigência de abstenção de todos os condutores.

Foi citado, ainda, que a medida era apoiada por especialistas em medicina e segurança do trânsito e já fora adotada no Japão e na Suécia, embora não tenha sido traçado qualquer paralelo entre as condições culturais e, principalmente, as características dos sistemas de transporte e trânsito existentes naqueles países e a realidade nacional, que pudesse indicar a adequação da medida às condições brasileiras.

---

<sup>127</sup> SENADO FEDERAL. **PLV – Projeto de Lei de Conversão Nº 13 de 2008**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85048](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85048)>. Acesso em 04 abr. 2011, p. 90.

Para permitir a efetividade da norma, foram introduzidas, tanto no campo penal como administrativo, severas punições dirigidas aos condutores que porventura se neguem a se submeter a exames que visem à comprovação do índice de alcoolemia. O espírito radical e autoritário que conduziu o legislador na elaboração dos referidos dispositivos legais pode ser auferido dos termos constantes do excerto do voto do relator (autor), a seguir transcrito:

(...) O argumento segundo o qual não se é obrigado a constituir prova contra si mesmo, pacífico na esfera penal, é insustentável no âmbito administrativo, segundo atesta a mais ampla doutrina. Em verdade, a exigência de alcoolemia zero nasceria como letra morta se não fosse dado ao corpo de fiscalização um instrumento legal para agir mesmo nos casos de desobediência do cidadão. **As penalidades** que se impõe, bem como as medidas administrativas, para tal hipótese, **são as mesmas cabíveis para aquele que dirige sob influência do álcool**, de sorte que não reste qualquer estímulo à propagação da cultura de se recusar à determinação legal, como, inconseqüentemente, alguns ainda advogam. A previsão, no projeto de lei de conversão, da punição de que acima se falou induz a que se promova um pequeno ajuste na redação do § 2º do art. 277 do CTB. Hoje, o dispositivo afirma que, no caso de recusa do condutor a se submeter ao teste de alcoolemia, pode o agente de trânsito se valer de outras provas, admitidas em direito, para caracterizar a embriaguez. **Como já se pretende punir o condutor no momento mesmo da recusa**, faz-se desnecessário o trabalho adicional de caracterizar a embriaguez por outros meios. Assim, decidiu-se retirar do início do parágrafo a expressão “no caso de recusa do condutor”, o que, a um só tempo, evitará conflito com o novo § 3º, e permitirá que o agente de trânsito, em casos de indubitosa embriaguez, possa atestá-la sem a obrigação prévia de oferecer ao condutor os testes ou exames a que se refere a lei<sup>128</sup>.

Do Projeto de Conversão que foi à votação constou dispositivo, sugerido em uma das emendas e prontamente apoiado pelo relator, proibindo o transporte de bebidas alcoólicas em veículos, exceto se acondicionadas em bagageiro ou compartimento de carga,

---

<sup>128</sup> SENADO FEDERAL. **PLV – Projeto de Lei de Conversão Nº 13 de 2008**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85048](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85048)>. Acesso em 04 abr. 2011, p. 96-97.



de acordo com especificação do CONTRAN. Tal dispositivo, rejeitado na votação em plenário, foi justificado pelo autor nos seguintes termos:

(...) A proposta pode parecer excessivamente rigorosa e, talvez, de difícil fiscalização, mas o fato é que ela pode constituir um instrumento útil de repressão à ingestão de álcool pelos motoristas. Primeiro, pela tendência da maioria de evitar desrespeitar a lei, ao menos enquanto seu cumprimento for fiscalizado; segundo, porque o agente de trânsito pode agir nos casos em que constate o uso de bebida alcoólica pelos ocupantes do veículo, **mesmo que não fique caracterizado o uso da bebida pelo condutor**. A simples evidência de que o motorista tem à sua inteira disposição bebida alcoólica enquanto dirige é o bastante para configurar situação de perigo.<sup>129</sup>

A proposta contemplou também dispositivos que introduziram modificações no texto da Lei 9.294/96, obrigando os estabelecimentos que comercializam bebidas alcoólicas a expor avisos informando que é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção, nos termos da lei.

Constou, ainda, do Projeto de Conversão, dispositivo alterando o art. 301 do CTB, que determina que não se imponha prisão em flagrante nem se exija fiança do condutor que, tendo cometido lesão corporal ao dirigir, prestou pronto e integral socorro à vítima. Argumentando que a lei estava muito condescendente com os criminosos, o autor propôs a exclusão dessa condição dos motoristas que no momento do crime estavam alcoolizados ou drogados, ou fazendo “racha”, ou conduzindo em acostamento ou na contramão, ou, ainda, em velocidade 50 quilômetros por hora acima do limite permitido para a via. Tal dispositivo, embora aprovado no Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República, sob a seguinte justificativa:

Embora objetivando aumentar o rigor do tratamento dispensado àqueles que atuam de forma irresponsável no trânsito, a proposta pode ensejar efeito colateral contrário ao interesse público. Uma vez produzido o resultado danoso pelo crime de trânsito, o melhor a se fazer é tentar minorar suas consequências e preservar o bem jurídico maior, a vida. Nesse sentido, tendo

---

<sup>129</sup> SENADO FEDERAL. **PLV – Projeto de Lei de Conversão Nº 13 de 2008**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85048](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85048)>. Acesso em 04 abr. 2011, p. 97.

em vista o pronto atendimento à vítima, a legislação estabelece que não será preso em flagrante aquele que socorrer a vítima. Entende-se que não há razão para se excepcionar tal regra, porquanto que direcionada para a preservação da vida. Observe-se que já se trata de exceção à regra do flagrante: somente se o socorro for imediato e se o agente fizer tudo que seja possível diante das circunstâncias é que haverá o afastamento do flagrante. Cabe, por fim, ressaltar que tal exceção não se confunde com impunidade: o autor do crime deverá responder por seus atos perante a Justiça e poderá, inclusive, ter a sua prisão decretada futuramente<sup>130</sup>.

Alteração significativa incluída na proposta, sob a alegação de que dirigir sob influência de álcool é crime sem atenuantes, foi a retirada do texto do art. 306 do CTB da expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, que caracterizava o delito como crime de perigo concreto. Foi, ainda, introduzido no mesmo artigo o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue para caracterizar o tipo penal<sup>131</sup>.

## 4.2 Reflexos da Lei 11.705/2008

A Lei 11.705/08 (Lei Seca), originária de Projeto de Conversão da Medida Provisória 415 de 2008, veio a introduzir relevantes alterações no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), com reflexos importantes no dia a dia de parcela considerável da população brasileira, qual seja, todos aqueles que dirigem veículos automotores e, regular ou eventualmente, fazem uso de bebidas alcoólicas ou outras substâncias psicoativas. Editado sob o argumento de coibir o elevado número de acidentes de trânsito com grande número de mortos e feridos, a entrada em vigor do referido diploma legal, sem um período de “vacatio legis”, sem uma prévia campanha de educação e esclarecimento, e seguida de vigorosa ação de fiscalização, surpreendeu a população e gerou grande polêmica, com manifestações favoráveis e contrárias às disposições nele contidas<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: **Mensagem nº 404, de 19 de junho de 2008**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/..%5CMsg%5CVEP-404-08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/..%5CMsg%5CVEP-404-08.htm)> Acesso em 04 abr. 2011.

<sup>131</sup> SENADO FEDERAL. **PLV – Projeto de Lei de Conversão Nº 13 de 2008**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85048](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85048)>. Acesso em 04 abr. 2011, p. 101.

<sup>132</sup> DELGADO, Yordan Moreira. **Exagero Legislativo: Lei Seca pode reduzir acidentes, mas provoca injustiças graves**. Revista Consultor Jurídico. Julho 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei\\_seca\\_reduzir\\_acidentes-injusticas\\_graves](http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes-injusticas_graves)>. Acesso em: 12 mai 2010.

Embora produzam reflexos diretos e indiretos em âmbitos variados, tendo, inclusive, provocado a interposição junto ao STF, pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL), da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.103-DF (ainda não julgada), as alterações mais relevantes introduzidas no CTB pela Lei 11.705/08 ocorreram nos artigos 165, 276, 277 e 306, que dizem respeito ao ato de dirigir sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa<sup>133</sup>.

Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei 9.503/1997, foi criada a infração administrativa de trânsito, insculpida em seu art. 165, a qual se configurava quando o motorista estivesse dirigindo sob a influência de álcool em nível superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Era claro o entendimento neste sentido, porque assim rezava o texto original do art. 165:

Art. 165: Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

A Lei 11.275, de 07 de fevereiro de 2006, alterou o texto original do artigo 165 do CTB, o qual passou a ter a seguinte redação: “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Assim, a partir da promulgação da lei em epígrafe, para imputar ao motorista a infração administrativa seria necessário que o agente estivesse dirigindo sob a influência de substância alcoólica, ainda que o limite de 6 (seis) decigramas não tivesse sido constatado, sendo suficiente que o agente estivesse dirigindo sob a influência do álcool para que restasse caracterizada a conduta ilícita, sendo abolida a exigência do nível de concentração alcoólica de 6 (seis) decigramas por litro de sangue.

---

<sup>133</sup> DELGADO, Yordan Moreira. **Exagero Legislativo: Lei Seca pode reduzir acidentes, mas provoca injustiças graves.** Revista Consultor Jurídico. Julho 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei\\_seca\\_reduzir\\_acidentes-injusticias\\_graves](http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes-injusticias_graves)>. Acesso em: 12 mai 2010.

Com a edição da Lei 11.705/2008, o referido dispositivo foi mais uma vez alterado, passando a dispor da seguinte forma:

Art. 165: Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

A Lei 11.705/2008 não alterou substancialmente o dispositivo, tendo em vista que a natureza da infração administrativa não mudou. No entanto, sob o amparo do diploma anterior a previsão da penalidade de suspensão do direito de dirigir, conforme o disposto no artigo 261 do Código de Trânsito Brasileiro, como também previsto na Resolução CONTRAN 182/05, se dava por prazo variável, ou seja: a suspensão do direito de dirigir variava de um mês a um ano, se primário; caso fosse o infrator reincidente no período de doze meses, variava pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos. Quando da aplicação da penalidade se considerava a gravidade da infração e os antecedentes do motorista. Atualmente a sanção é fixa, impossibilitando assim uma aplicação proporcional e individualizada, pois aquele que infringir o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro incidirá na penalidade fixa de suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

A respeito da expressão “sob a influência do álcool”, utilizada na redação do artigo 165 e outros do Código de Trânsito Brasileiro, assim se pronunciou Damásio de Jesus ao comentar seu significado:

Dirigir veículo automotor, em via pública, “sob a influência” de álcool ou substância similar significa sofrendo seus efeitos, conduzindo de forma anormal, fazendo ziguezagues, costurando o trânsito, realizando ultrapassagem proibida, colado ao veículo da frente, passando com o sinal vermelho, na contramão, com excesso de velocidade etc. De modo que, surpreendido o motorista dirigindo veículo, após ingerir bebida alcoólica, de forma normal, independentemente do teor inebriante, não há infração administrativa, não se podendo falar em multa, apreensão do veículo e

suspensão do direito de dirigir. Exige-se nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de álcool<sup>134</sup>.

Assim, dirigir sob a influência do álcool ou substância de efeitos análogos significa que o motorista tem de estar dirigindo de maneira desordenada, com seus reflexos comprometidos e, em consequência deste estado letárgico, colocando em risco a segurança viária, restando assim corroborada a influência do álcool no organismo do indivíduo. Neste sentido também a opinião de Marcellus Polastri Lima em sua obra sobre Crimes de Trânsito:

O agente deve estar sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, e assim, não basta a ingestão de substância, é necessário que a mesma tenha exercido influência sobre a pessoa, afetando a boa e regular condução do veículo. Uma certa pessoa sofrerá influência com certa quantidade de álcool e outra, ao contrário, poderá não sentir tal influência<sup>135</sup>.

Não é suficiente a ingestão de bebida alcoólica, sendo imprescindível que esteja sob a influência do álcool ou substâncias de efeitos análogos, não tendo, portanto o necessário controle pessoal para dirigir e, como consequência, reduzindo a segurança do trânsito. A anormalidade precisa ser demonstrada por atos externos concretos do condutor do veículo, não é decorrência de presunção<sup>136</sup>.

Antes da Lei Federal 11.705/2008 o artigo 276 do CTB previa que:

Art. 276: A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor. Parágrafo único. O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.

Com a alteração advinda da Lei Federal nº 11.705/2008, o artigo 276 passou a preceituar que:

---

<sup>134</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153.

<sup>135</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Crimes de Trânsito – Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 193.

<sup>136</sup> Idem, p. 194.

Art. 276: Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

O antigo artigo 276 do Código de Trânsito Brasileiro dispunha que a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue, comprovava que o condutor estava impedido de dirigir veículo automotor. Com a nova redação, o mesmo dispositivo estabelece uma verdadeira tolerância zero para a combinação do álcool com direção, pois, pela literalidade do dispositivo, ocorre infração administrativa com qualquer concentração de álcool no sangue, sujeitando o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Yordan Moreira Delgado cita estudos do próprio DENATRAN que teriam concluído que o índice de até 0,16 (dezesesseis centésimos) gramas de álcool por litro de sangue seria um grau de tolerância fisiológica mínima para qualquer organismo, não trazendo qualquer risco adicional ao ato de dirigir<sup>137</sup>.

Segundo o magistério de Damásio de Jesus, o entendimento de que basta qualquer concentração de álcool no sangue para caracterizar a infração é falso, pois a regra não pode ser interpretada isoladamente, exigindo-se para a aplicação das penalidades que o motorista esteja dirigindo “sob a influência de álcool”, elemento de definição da figura infracional administrativa insculpida no art. 165, sem cuja ocorrência esta não se concretiza<sup>138</sup>.

Por meio do Decreto 6.448, de 20 de junho de 2008, o Poder Executivo fixou a equivalência entre testes de alcoolemia, estabelecendo que 0,1 (um décimo) miligrama de álcool por litro de ar alveolar corresponde a 2 (dois) decigramas de álcool por litro de sangue, e que 0,3 (três décimos) miligrama de álcool por litro de ar alveolar correspondem a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Estabeleceu, ainda, que, enquanto não for publicado o ato que estabelece as margens de tolerância definidos pelo CONTRAN para casos

---

<sup>137</sup> DELGADO, Yordan Moreira. **Exagero Legislativo: Lei Seca pode reduzir acidentes, mas provoca injustiças graves**. Revista Consultor Jurídico. Julho 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei\\_seca\\_reduzir\\_acidentes-injusticas\\_graves](http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes-injusticas_graves)>. Acesso em: 12 mai 2010.

<sup>138</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153.

específicos, conforme previsto no parágrafo único do art. 276, fica valendo o índice de 2 (dois) decigramas por litro de sangue para todos os casos.

A fixação de limites numéricos é controversa, uma vez que é unânime o entendimento de que os efeitos do álcool se manifestam de forma diferenciada sobre os diversos organismos. O próprio estabelecimento de equivalência entre diferentes testes sofre contestações. Em artigo publicado no jornal Correio Brasiliense, edição de 31/07/2008, o Dr. Otávio Brasil, Toxicologista-Chefe do Centro Toxicológico de Brasília, explica que alcoolemia é o índice de álcool metabolizado pelo organismo, o qual só pode ser aferido através do sangue, não havendo correspondência entre esse índice e o percentual de álcool aferido no ar alveolar pulmonar por meio do etilômetro.

A legalidade do dispositivo que estabelece o índice provisório de tolerância de 2 dg/l para todos os casos é, no mínimo, questionável, uma vez que a lei autorizou a abertura de exceção ao índice zero para casos específicos. Ao estender a tolerância para todos os casos, entende-se que o Poder Executivo extrapolou de sua competência, praticamente alterando o conteúdo do art. 276 do CTB, assim como, contrariando o conteúdo do caput do art. 1º da Lei 11.705/2008 que estabelece a própria finalidade desta.

O art. 277 do CTB, já com as alterações introduzidas pela Lei 11.275/2006, contemplava a seguinte redação:

Art. 277: Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. § 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. § 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Com o advento da Lei 11.705/2008 foi alterada a redação do seu § 2º e acrescido o § 3º, nos seguintes termos:

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Interessante observar que a alteração introduzida no § 2º apenas retirou do dispositivo a expressão “no caso de recusa do condutor...”, permitindo a caracterização da infração por outros meios de prova em qualquer situação, mantendo, entretanto, a expressão “acerca dos notórios sinais de embriaguez”, não se referindo a qualquer índice de alcoolemia no sangue.

A embriaguez é uma intoxicação aguda e transitória causada pela ingestão de álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos análogos, sejam eles entorpecentes, estimulantes ou alucinógenos, causa capaz de levar à exclusão da capacidade de compreensão da ilicitude das ações, assim como à alteração do momento volitivo do agente. Assim, segundo Guilherme de Souza Nucci, “a embriaguez é uma intoxicação, aguda e transitória, causada pelo álcool ou substância análoga, que elimina ou diminui no agente sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação”<sup>139</sup>.

Depreende-se de sua definição e dos efeitos que a qualificam, que qualquer concentração de álcool no sangue não é suficiente para caracterizar o estado de embriaguez.

A disposição acrescida pelo § 3º pune administrativamente a recusa à submissão aos testes previstos no caput do artigo, punindo, portanto, o exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo, constituindo-se em verdadeira presunção da culpabilidade do agente, merecendo de Damásio de Jesus a seguinte observação:

---

<sup>139</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 261.



O art. 277 do CTB, em seu § 3º, acrescido pelo art. 5º, IV, da Lei nº 11.705/2008, determina submeter-se às penalidades do art. 165 o motorista que se recusar a submeter-se ao bafômetro. Ora, se a recusa tem fundamento constitucional, tratando-se de atitude lícita, como aplicar pena ao condutor? Cremos que não<sup>140</sup>.

O artigo 306 do CTB, antes do advento da lei 11.705/2008, assim preceituava:

Art.306: Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Quando passou a vigorar o Código de Trânsito Brasileiro, em setembro de 1997, o delito de embriaguez era considerado de perigo concreto. Entende-se que perigo concreto é o que necessita ser demonstrado, pois o perigo neste caso não é presumido, precisando então ser investigado e comprovado.

À época da vigência desta redação, já se discutia se era suficiente somente a direção anormal, sob a influência do álcool ou substância de efeitos semelhantes, bastando a demonstração da exposição a dano potencial, ou se seria necessário o índice de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue para caracterizar o delito. Tal dúvida era decorrente do fato de que, para caracterizar a infração administrativa se exigia tal índice, soando estranho que uma conduta aceitável no plano administrativo incidisse no tipo penal.

Nesse sentido, Damásio de Jesus leciona que há três planos legais superpostos: risco tolerado – o tráfego de veículos por sua natureza engloba um coeficiente de risco à vida e à incolumidade física das pessoas, mesmo sendo cumpridas todas as normas regulamentares; infração administrativa – a conduta do motorista, pelo desrespeito a uma norma de trânsito, sem se enquadrar em um tipo penal incriminador, ultrapassa o limite

---

<sup>140</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 158.

tolerável; crime – o motorista, ao rebaixar o nível de segurança do trânsito, bem tutelado pela ordem jurídica, causando lesão ao interesse público, incide em um tipo penal incriminador<sup>141</sup>.

A nova redação trazida pela Lei 11.705/2008 para o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro suprimiu a exposição da incolumidade de outrem a dano potencial, deixando de exigir a ocorrência de perigo concreto, passando a vigorar com o seguinte conteúdo:

Art. 306: Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Novas controvérsias interpretativas surgiram com a nova redação do tipo penal. Dando interpretação literal ao texto, entendem alguns que, independentemente de outras condicionantes, o simples fato de estar dirigindo na via pública com índice de concentração de álcool no sangue superior a seis decigramas por litro é suficiente para caracterizar o crime. Nesses termos, o tipo penal seria classificado como crime de perigo abstrato, espécie considerada por parte da doutrina como incompatível com o ordenamento jurídico nacional, por ferir os princípios constitucionais da ofensividade e da presunção de inocência<sup>142</sup>.

Damásio de Jesus, embora concordando quanto à inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, tem entendimento diverso, afirmando que os delitos próprios de trânsito, entre os quais o do art. 306 do CTB, são crimes de lesão e de mera conduta. Mediante interpretação sistemática, esse doutrinador demonstra que o crime não se consuma com a simples constatação do índice de alcoolemia previsto no tipo (elemento objetivo),

---

<sup>141</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

<sup>142</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14396>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

exigindo o elemento subjetivo “sob a influência de álcool”, caracterizado pela condução irregular do veículo, atentando contra a segurança do trânsito<sup>143</sup>.

Embora na primeira parte do dispositivo, quando se refere diretamente ao álcool, não conste explicitamente o termo “influência”, mesmo em interpretação gramatical, a sua presença na segunda parte do dispositivo, quando se refere a outras substâncias psicoativas, não impede que se interprete que o termo também se refere ao álcool. A interpretação sistemática da Lei deixa bastante claro esse entendimento, pois: ao incluir a necessidade desse elemento subjetivo (influência) na definição da infração administrativa constante do art. 165, relacionada tanto ao álcool quanto às demais substâncias psicoativas; ao incluir na Lei 9.294/96 artigo exigindo afixação de aviso advertindo que “é crime dirigir sob influência de álcool” e, ainda; ao dar ao inciso I do parágrafo 1º do art. 291 do CTB, que remete diretamente ao tipo penal em pauta, a redação “sob a influência de álcool ou qualquer outra substância...”, não resta dúvida que o elemento subjetivo em pauta faz parte do tipo penal também no que se refere ao álcool<sup>144</sup>.

Seria estranho que o legislador exigisse a influência na caracterização da infração administrativa e a dispensasse na caracterização do crime, assim como, a sua exigência para caracterizar o crime quanto a outras substâncias diante da sua dispensa no caso do crime quanto ao uso de álcool. Como influência, Damásio entende a condução anormal do veículo, afetando a segurança do trânsito, até porque, sem esse elemento subjetivo, sem uma forma definida para sua aferição, como seria atestada essa influência no que diz respeito às demais substâncias psicoativas?<sup>145</sup>

Segundo esse entendimento, o crime capitulado no art. 306 do CTB é de lesão e de mera conduta, exigindo para sua ocorrência encontrar-se o condutor do veículo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas e, ainda, dirigindo sob influência de álcool, ou, no caso de outras substâncias psicoativas, simplesmente dirigindo sob sua influência. São crimes de lesão porque, com sua direção anormal, o condutor reduz o nível de segurança do trânsito, atingindo a objetividade jurídica concernente à incolumidade pública. São crimes de mera conduta porque a simples realização

---

<sup>143</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

<sup>144</sup> Idem, p. 157.

<sup>145</sup> Idem, p. 153.

do comportamento basta para sua consumação, sem necessidade de real ameaça a interesse individual.

### 4.3 A ADI 4.103-DF

Órgão de classe de representação nacional, a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL) ajuizou junto ao STF Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.103-DF), questionando a constitucionalidade dos art. 2º, 4º e 5º, incisos III, IV e VIII da Lei 11.705/2008, a qual ainda aguarda julgamento<sup>146</sup>.

O art. 2º da Lei, que proíbe a comercialização de bebidas alcoólicas ao longo das rodovias federais, foi contestado sob o argumento de que, ao discriminar estabelecimentos comerciais por sua localização, fere os princípios da igualdade e da isonomia, garantidos no caput do art. 5º da Constituição Federal. Foi também questionada sua adequação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que a medida consubstanciada no dispositivo, visando atingir apenas os motoristas - aos quais se quiserem beber basta afastar-se cem metros da rodovia para fazê-lo livremente - atinge todas as pessoas que freqüentam tais estabelecimentos, a exemplo dos passageiros dos ônibus e, principalmente toda cadeia de bares e restaurantes, quando as leis existentes já eram adequadas aos fins, falhando em atingi-los por incúria do poder público.

Na defesa do dispositivo, a Advocacia Geral da União (AGU) argumentou que o princípio da igualdade visa garantir a igualdade dos cidadãos perante a lei, não proibindo o tratamento desigual entre aqueles que se encontram em situação de desigualdade, desde que o elemento discriminador encontre justificativa razoável. No caso concreto não haveria ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que, em relação ao trânsito urbano, o trânsito nas rodovias apresenta maior dificuldade de fiscalização, permite velocidades maiores exigindo reflexos mais rápidos dos motoristas, os quais também, em média, permanecem dirigindo por mais tempo<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.103-DF**. Petição inicial. Brasília, 03 jul 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=261524&tipo=ADI%2F4103>>, consulta em 19 abr 2011.

<sup>147</sup> ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.103** – Informação AGU/STF nº 02-2008. Brasília, 22 jul 2008.

Quanto à razoabilidade e proporcionalidade, o argumento aduzido foi que o aumento do rigor da lei se fez necessário justamente por não ter a lei anterior mostrado eficácia na garantia do interesse público, ficando a adequação do novo instrumento legal demonstrada pela queda apresentada nas estatísticas de acidentes e vítimas, verificada já nos primeiros meses de sua vigência, justificando-se a proporcionalidade entre o fim e o meio pela proteção à vida e à saúde pública.

Outro aspecto questionado pela ABRASEL, se refere aos princípios da liberdade econômica e da livre iniciativa, estabelecidos no art. 170 e seguintes da Constituição, entendidos como afrontados pela medida restritiva da atividade econômica, punindo, ainda, todos os integrantes da cadeia produtiva de tais estabelecimentos com o risco de perda de sua fonte de renda.

A AGU, na defesa do instituto, afirmou que nenhum direito é absoluto, enfatizando que, nos termos do art. 174 da Constituição, cabe ao Estado exercer a fiscalização da atividade econômica, de forma a garantir que tais liberdades não prejudiquem o interesse público, não constituindo a restrição imposta afronta aos princípios aludidos, concluindo pela constitucionalidade do art. 2º da Lei 11.705/2008.

Quanto ao art. 4º da Lei, o argumento de contestação de sua constitucionalidade se prende à competência atribuída à Polícia Rodoviária Federal para fiscalizar os estabelecimentos comerciais, em descompasso com o que prescreve o art. 144 da Constituição em seu caput e no § 2º, caracterizando-se a atribuição como claro desvio de função, com prejuízo da própria segurança do trânsito, finalidade principal da Lei editada.

Em defesa da constitucionalidade do instituto, argumenta a AGU que a fiscalização da venda de bebidas alcoólicas tem por finalidade garantir a segurança do trânsito, estando diretamente ligada à atividade de patrulhamento ostensivo, não apresentando incompatibilidade com as atribuições reguladas no art. 20 do CTB, conforme estabelecido no art. 144, § 2º da Constituição Federal.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade fundamentam a arguição da legalidade do art. 5º, III da Lei, que alterou a redação do art. 276 do CTB, sob a alegação de que não há razoabilidade em aplicar as penalidades do art. 165 - que fala em “influência de

álcool” - diante de qualquer quantidade de álcool no sangue, conforme determina o art. 276, afirmando que são coisas diferentes e que tornam o dispositivo contraditório. É também questionada a proporcionalidade da penalidade, uma vez que infrações mais graves, como trafegar na contramão, têm penalidades muito mais leves, sendo, inclusive, a penalidade cominada mais gravosa que muitas penas previstas no Código Penal.

A AGU alega que os art. 165 e 276 do CTB são complementares e que, na Lei, “sob influência de álcool” e “com qualquer concentração de álcool” são expressões que se equivalem, negando a contradição aduzida na inicial. Argumenta, ainda, que a razoabilidade e proporcionalidade do art. decorrem do processo legislativo que deu origem à própria lei e do fato de ter este como finalidade a proteção de direitos fundamentais relevantes como a vida e a incolumidade física, concluindo que não há qualquer inconstitucionalidade no dispositivo.

A inconstitucionalidade do art. 5º, IV da Lei é alegada sob o entendimento que a alteração introduzida no § 2º do art. 277 do CTB, delegando ao agente de trânsito a competência para caracterizar a embriaguez do condutor do veículo, atividade técnica que exige qualificação específica, caracteriza desvio de função. Já o § 3º, acrescido ao art. 277 pelo inciso citado, é questionado sob o argumento de contrariar frontalmente o art. 5º, LXIII, da Constituição, que estabelece que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Quanto ao § 2º do art. 277, argumenta a AGU que o texto apenas autoriza o agente de trânsito a produzir outras provas, não lhe delegando competência para realizar testes e provas técnicas, não caracterizando desvio de função. No que se refere ao § 3º do mesmo artigo, entende a defesa que não há afronta ao art. 5º, LXIII, da Constituição, pois este se aplica ao processo penal e a medida contestada tem caráter administrativo. Aduz, ainda, que a realização do teste é cumprimento de determinação legal, nos mesmos moldes da obrigação de apresentar a carteira de habilitação, não podendo ser considerada abusiva a medida, uma vez que o agente age em legítima defesa da vida, e que, em ponderação entre o direito de não produzir prova contra si mesmo e o direito à vida ou à segurança do trânsito, deve prevalecer o segundo.

A contestação da constitucionalidade do art. 5º, VIII, que altera a redação do art. 306 do CTB, tem também a falta de razoabilidade e proporcionalidade como

argumentos centrais. O que se alega é que, diante da realidade cultural brasileira, onde grande parcela da população consome regularmente bebidas alcoólicas em atividades sociais e de lazer, integrantes do processo de sociabilização das pessoas, e, onde o transporte público é extremamente deficiente, não é razoável impor tipos penais tão rigorosos, uma vez que a aplicação efetiva da lei fatalmente redundaria em número exagerado de prisões, ultrapassando a própria capacidade do Estado em fazer cumpri-las.

Alega a AGU que a autora não demonstrou onde o legislador agiu com excesso ou arbitrariedade que pudessem caracterizar a afronta a tais princípios, afirmando que a necessidade e adequação da medida aos fins fica evidenciada nos resultados imediatos verificados, com significativa redução nos índices de acidentes.

#### 4.4 Juízo de Razoabilidade

Até a entrada em vigor da Lei Seca, era caracterizado como infração de trânsito o ato de dirigir sob influência de álcool, vindo a constituir crime se efetivamente ocorresse exposição da incolumidade alheia a dano potencial (perigo concreto). A nova redação passou a caracterizar como infração o ato de dirigir com qualquer concentração de álcool no sangue e excluiu do tipo penal a necessidade de efetiva exposição ao risco, criminalizando a mera conduta de dirigir com concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue (perigo abstrato).

No âmbito administrativo, a caracterização da infração de trânsito diante da presença de qualquer percentual de álcool no sangue ou no ar alveolar pulmonar e, ainda, a presunção da infração diante da negativa em submeter-se ao teste, não parece concordante com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois ninguém pode ser punido pelo exercício regular de direito<sup>148</sup>. Da mesma forma, sua adequação ao princípio constitucional da presunção de inocência parece não ter sido considerada pelo legislador, conforme observado no voto do relator da matéria no Congresso Nacional.

O professor Damásio Evangelista de Jesus entende que o termo **sob influência de álcool** exige um comportamento que indique essa influência, não se

---

<sup>148</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14396>>. Acesso em: 11 jun. 2010

caracterizando nem o crime nem a infração de trânsito com a simples verificação da sua presença no sangue ou ar alveolar<sup>149</sup>.

Os defensores do rigor da lei buscam justificativas na necessidade de coibir a violência no trânsito, da qual decorrem muitos acidentes com elevadas perdas materiais e de vidas humanas. Apresentam estatísticas em que se verifica grande participação de motoristas alcoolizados em acidentes de trânsito e, ainda, redução significativa do número de mortos no trânsito após a entrada em vigor da lei, assim como, apontam legislações criminais de outros países que estabelecem índices de alcoolemia semelhantes<sup>150</sup>.

As estatísticas, entretanto, não indicam o percentual de acidentes causados por motoristas com pequenas quantidades de álcool no sangue, que poderiam justificar a tolerância zero. Cumpre lembrar que as estatísticas realizadas pelos órgãos de saúde relacionam apenas a presença de álcool nas vítimas de acidentes, sem conexão com a causalidade destes. A presença de álcool não indica necessariamente que a causa do acidente esteja ligada ao seu consumo ou à sua influência sobre o condutor do veículo, especialmente se considerarmos que quase metade dos mortos são pedestres atropelados, conforme estudo publicado no jornal Folha de São Paulo, em 20 set. 2010, página C3. Na verdade, o estudo aprofundado das causas dos acidentes não é priorizado no país.

A Polícia Rodoviária Federal, órgão oficial competente para averiguar e determinar as causas dos acidentes de trânsito, em seu portal na internet apresenta estatística referente ao ano de 2007, onde se verifica que dos 128.476 acidentes registrados, com 7.228 mortes, apenas 3.135 acidentes e 188 mortes tiveram atribuída como causa a ingestão de álcool. Isso corresponde, respectivamente, a 2,44% dos acidentes e 2,6% das mortes, dados que contradizem todos os argumentos apresentados em defesa da Lei Seca<sup>151</sup>.

A imprudência é apontada como a principal causa dos acidentes de trânsito e, certamente, a embriaguez é uma das causas que levam os condutores a agir de forma imprudente. Entretanto, muitos acidentes ocorrem por outras causas ou têm causas

---

<sup>149</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153.

<sup>150</sup> **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRÁFEGO (ABRAMET)**. Disponível em: <<http://abramet.com.br/site/pagina.aspx?id=486&menuid=16>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

<sup>151</sup> **POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL**: Disponível em: <http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/estatistica.faces>. Acesso em: 04 abr 2011.



concorrentes, contribuindo para isso as condições das rodovias e dos veículos<sup>152</sup>. Nesses campos, a responsabilidade recai primordialmente sobre o Estado, que tem a obrigação de zelar pelas condições das rodovias e fiscalizar as condições dos veículos, entretanto, nem os veículos são fiscalizados nem as condições das rodovias são adequadas.

Nesse sentido, é significativa a constatação de que mais de 50% das mortes causadas por acidentes nas rodovias que cruzam o Estado de Minas Gerais, em 2008, ocorreram em colisões frontais, conforme publicado no jornal Estado de Minas, em sua edição de 01/03/09. Rodovias duplicadas, com barreiras centrais, por si só, evitariam quase a totalidade das ocorrências de colisão frontal. Observa-se que os dados e parâmetros utilizados têm origem predominante na Polícia Rodoviária Federal, portanto dizem respeito às rodovias federais, entretanto, a fiscalização e, em decorrência, o grande número de autuações, se concentra nos perímetros urbanos das cidades. Prioriza-se a arrecadação e a pressão sobre o cidadão e não ações efetivas de responsabilidade do poder público.

O poder público no Brasil, desde longa data, optou por priorizar o transporte rodoviário em detrimento de outros modais e, especialmente nas últimas décadas, favoreceu o uso do transporte individual, fazendo da indústria automobilística o motor do desenvolvimento industrial. Os sistemas de transporte público foram relegados a segundo plano, apresentando enormes deficiências, sendo, por vezes, quase inexistentes.

Nesse contexto, a alegação de que a lei não proíbe o uso de bebidas alcoólicas, apenas proíbe de dirigir após haver bebido, carrega em si certo teor de hipocrisia do Estado. O mesmo Estado que incentiva o uso do automóvel, não cumpre sua função de oferecer transporte público eficiente e seguro à população, impõe restrições draconianas quanto ao uso de álcool, sem comprovar a necessidade da medida, contrariando a própria cultura e sem prover alternativa para atender à necessidade de transporte do cidadão.

Da mesma forma, não há dados que permitam atribuir a queda inicial dos índices de acidentes à lei, e não ao incremento da fiscalização, fator importante no aumento da

---

<sup>152</sup> LIMA, Ieda Maria de Oliveira; FIGUEIREDO, José Carlos; MORITA, Patrícia Alessandra; GOLD, Philip. **Fatores Condicionantes da Gravidade dos Acidentes de Trânsito nas Rodovias Brasileiras. Texto para discussão nº 1344.** Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td-1344.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2011.

eficácia da prevenção geral da lei penal<sup>153</sup>, especialmente diante de notícias como o aumento de 34% nos acidentes no feriado da páscoa de 2010 em relação a 2009, ou, ainda pior, de que triplicaram as mortes no trânsito no grande ABC em 2009, se comparadas com 2008<sup>154</sup>. Assim como, em todo Brasil houve acréscimo tanto no número de feridos como de mortos em 2009 em relação a 2008, conforme publicado na Folha de São Paulo, edição de 20/09/2010, página C3.

A comparação com índices adotados em outros países, usada como justificativa para o rigor da lei, precisa ter sua validade como parâmetro avaliada. Nem no processo de elaboração da lei, nem nas campanhas organizadas pelos órgãos estatais que cuidam do tema, a citação de outros países que adotam a medida vem acompanhada de estudos comparativos que permitam identificar similaridades culturais ou factuais, indicativas da possível adequação de sua transposição para a realidade brasileira. Lembremos que ainda existem muitos países, inclusive Estados norteamericanos, que adotam a pena de morte, o que não é razão para que nós a admitamos.

Entre os onze países que, segundo o ICAP, adotam tolerância zero, seis são do leste europeu, herdeiros de legislações autoritárias da antiga **cortina de ferro**, enquanto nenhum dos países considerados desenvolvidos, que oferecem sistemas eficientes de transporte público à população, se encontra entre estes. Pelo contrário, entre os que adotam os maiores índices de tolerância (0,8 mg/l) estão Luxemburgo, Canadá, Reino Unido e Estados Unidos<sup>155</sup>, países indiscutivelmente desenvolvidos e democráticos. Certamente há outros fatores com significativo peso relativo na questão da violência no trânsito, senão como explicar que o Egito, país muçulmano onde o álcool é quase que totalmente proibido, ocupe o 2º lugar entre os campeões mundiais de violência no trânsito<sup>156</sup>.

Os aspectos polêmicos são muitos, inclusive quanto aos reais efeitos do álcool sobre o organismo humano e sobre a maneira de detectá-los. Aspecto a ser considerado diz respeito ao tempo necessário para eliminar os resíduos do álcool do organismo. Não há

<sup>153</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4.

<sup>154</sup> **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRÁFEGO (ABRAMET)**. Disponível em: <<http://abramet.com.br/site/pagina.aspx?id=1518&menuid=16>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

<sup>155</sup> **INTERNATIONAL CENTER FOR ALCOHOL POLICIES (ICAP)**. Disponível em: <<http://www.icap.org/PolicyIssues/DrinkingandDriving/tabid/92/Default.aspx>>. Acesso em: 12 mai 2010.

<sup>156</sup> **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRÁFEGO (ABRAMET)**. Disponível em: <<http://abramet.org/informacoes/noticias>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

dados precisos, até porque os efeitos são diferenciados sobre cada pessoa<sup>157</sup>, mas, o portal da própria Polícia Rodoviária Federal, orienta que, após consumir álcool, se espere 12 horas para dirigir sem risco de incorrer na infração<sup>158</sup>. Ora, isso indica que o cidadão que consumir qualquer bebida alcoólica à noite não poderá ir para o trabalho na manhã seguinte dirigindo seu carro sem correr o risco de ser enquadrado na lei e submetido a severas sanções.

O alto custo financeiro e, especialmente, em saúde e vidas humanas, decorrente de acidentes no trânsito, exige do poder público prestações positivas para viabilizar condições fáticas capazes de reduzi-los<sup>159</sup>. Entretanto, transformar em transgressores e aplicar pesadas penalidades a cidadãos honrados, que nunca cometeram irregularidades ou se envolveram em acidentes de trânsito, mas que cultuam o hábito de acompanhar suas refeições com uma taça de vinho ou licor digestivo, reputados como hábitos saudáveis pela própria medicina, certamente é medida desarrazoada.

Manter o foco da discussão centrado no problema da responsabilização do motorista que consome álcool, embora desde a edição do CTB haja leis capazes de coibir e punir os infratores, talvez seja mais interessante para o poder público do que correr o risco de ver a discussão focar nos outros fatores que influem decisivamente nas estatísticas cruéis do trânsito, em sua maioria de responsabilidade do próprio Estado que não investe em soluções. O jornal Folha de São Paulo, em sua edição de 17/04/2010, páginas C1 e C4, publicou reportagem indicando que grande parte dos acidentes ocorrem sempre nos mesmos pontos, evidenciando que o risco está ligado a condições do local. Penalidades mais pesadas impostas aos cidadãos aumentam a arrecadação do Estado, enquanto investimentos em infraestrutura, educação e fiscalização exigem capacidade administrativa e dispêndio de recursos.

Esclarecida a normatividade e eficácia jurídica dos princípios constitucionais e demonstrada a constitucionalidade e aplicação preponderante do princípio da razoabilidade, ou da proporcionalidade, ou ainda, de ambos, resulta clara a sua importância e adequação como instrumentos apropriados e necessários ao exame de todo e qualquer dispositivo legal. Sua aplicação se mostra especialmente relevante diante de situações que

---

<sup>157</sup> MEDEIROS, Geraldo. **Como o álcool age no corpo**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/nutricao-homo-obesus/sem-categoria/como-o-alcool-age-no-corpo/>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

<sup>158</sup> POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. **Conhecendo a LEI SECA**. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

suscitam questionamentos e possíveis colisões de princípios, nos moldes da lei objeto de nosso estudo. Analisando e cotejando cada uma de suas disposições e as penalidades estatuídas com as exigências dos princípios em pauta, é possível concluir quanto à sua conformidade aos mesmos.

A edição do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e das leis destinadas à sua atualização, a exemplo da Lei nº 11.705/08, certamente têm como motivação atender ao dever do Estado de oferecer prestações positivas à sociedade, encontrando as eventuais interferências introduzidas no âmbito da liberdade individual, fundamento na própria Constituição, assentado na reserva legal insculpida no seu art. 5º, XV. Queda, portanto, inequívoca a competência do poder público quanto à emissão de instrumentos normativos regulando o trânsito.

Da mesma forma, não cabe discutir a possibilidade de esses instrumentos virem a impor restrições ao direito individual de locomoção, restando apenas examinar os limites a que deve se submeter o poder público na imposição de tais restrições, ou seja, submeter os dispositivos legais editados ao controle de constitucionalidade, mediante aplicação de rigoroso juízo de ponderação.

É ponto pacífico na doutrina que o bem jurídico tutelado, ou o fim visado pelo Estado, por meio dos comandos normativos contidos nos art. 165, 276 e 277 do Código Brasileiro de Trânsito, conforme a redação dada pela Lei nº 11.705/08, é a segurança no trânsito. Embora juridicamente indeterminado, o conceito de segurança não pode ter sua determinação de acordo com o livre arbítrio do administrador, devendo decorrer de processo interpretativo, sujeito ao controle jurisdicional, que lhe atribua o exato significado aplicável ao caso concreto<sup>160</sup>.

De qualquer forma, mesmo no campo abstrato da norma, diante da impossibilidade de demonstrar a influência efetiva que a presença de níveis mínimos de alcoolemia possa ter sobre o comportamento do condutor de veículo automotor, ao ponto de se considerar ameaçada ou lesada a segurança do trânsito, não fica configurada a necessária relação entre o meio (proibição) e o fim (segurança no trânsito) estabelecidos pela norma. No

---

<sup>160</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 118.

caso do cidadão que não sofre influência significativa sob índices mínimos de alcoolemia, verifica-se a falta de nexo entre a conduta discriminada e o resultado pretendido. Nesse sentido, o efeito da norma em relação ao resultado visado é inócuo, aplicando-se o exemplo aduzido pelo jurista argentino Juan Francisco Linares de norma que dispusesse “*que, para evitar accidentes de tránsito na via pública, os pedestres devessem levar uma pata de coelho no bolso*”<sup>161</sup>.

Com relação à norma do art. 165 do CTB, cumpre, ainda, examinar a razoabilidade da penalidade estabelecida, pois, como visto, é da essência do conceito de pena a sua adequação (proporção) ao delito. O dispositivo estabelece, cumulativamente, uma sanção pecuniária, a mais elevada prevista no código, correspondente a quase duas vezes o valor do salário mínimo vigente no país e uma sanção restritiva de direitos, constante da suspensão do direito de dirigir por doze meses. Não há modulação da sanção, a qual será aplicada indistintamente a quem apresentar um índice mínimo de alcoolemia ou a quem estiver completamente embriagado.

Se comparada com outros dispositivos do CTB, a exemplo do art. 166, que pune com simples multa, de valor cinco vezes menor, atentado comprovado à segurança do trânsito, ou, ainda, com o art. 186, II, que também pune atitude de risco concreto à segurança com a mesma multa simples, mediante ponderação lógica não se identifica, no cotejamento entre a gravidade das infrações e a severidade das sanções, a necessária proporcionalidade, e, em consequência, a razoabilidade e coerência internas do instituto.

Importante ressaltar que a penalidade restritiva do direito de dirigir é ainda mais gravosa, pois, muitos são aqueles que dependem de dirigir veículos automotores para exercer sua atividade profissional ou chegar ao trabalho. No caso concreto, não é desarrazoado prever variedade de casos em que a imposição da penalidade, sem que o infrator tenha causado qualquer dano, ou mesmo perigo de dano concreto, e sem direito a defesa, poderá até impedir trabalhadores honestos de prover o sustento de suas famílias. O ônus cívico imposto certamente é desproporcional ao possível benefício que dele possa decorrer, uma vez que não há dados objetivos que indiquem baixos índices de alcoolemia como causa direta de acidentes de trânsito.

---

<sup>161</sup> Apud, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 177.

A proporcionalidade entre meios e fins deve ser medida, não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns da sociedade, e de acordo com o caso concreto e não diante dos termos frios da lei<sup>162</sup>. É indiscutível que o consumo moderado de bebidas alcoólicas é de ampla aceitação na sociedade brasileira e até, em certas condições, considerado saudável por parcela significativa dos profissionais da área de saúde. Entre outras pesquisas científicas que indicam nessa direção, o jornal Folha de São Paulo, em sua edição de 3/09/2010, página C7, publicou estudo realizado na Universidade de Austin – Texas (EUA) onde foi constatado que os abstêmios viveram significativamente menos que aqueles que consumiram álcool moderadamente, e que, do universo analisado, mesmo os que bebiam em excesso tiveram sobrevida maior que os abstêmios.

A aferição da razoabilidade do dispositivo, também diante da unidade do sistema jurídico, é passível de questionamento, especialmente no confronto com dispositivos da legislação penal, que sabidamente se reporta às infrações mais ofensivas aos interesses da sociedade. Verifica-se, entretanto, que inúmeras são as condutas classificadas como crimes para as quais as sanções previstas são muito mais brandas que aquelas estabelecidas para a conduta em comento, classificada como simples infração de trânsito.

A penalidade de suspensão do direito de dirigir por doze meses, estabelecida no art. 165 cumulativamente com elevada multa, compromete a constitucionalidade do instituto, pois é evidente sua irrazoabilidade por desproporcional ao conjunto da legislação penal pátria que atribui penas muito mais brandas a muitos crimes. A desproporcionalidade se manifesta no âmbito do próprio CTB, pois a penalidade em pauta é mais pesada que penalidades atribuídas a infrações mais graves. Além disso, por constituir meio muito gravoso em relação ao possível resultado, uma vez que a conduta punida não representa risco elevado ao bem pretensamente protegido, qual seja, a segurança do trânsito, fica comprometida sua adequação ao aspecto **necessidade** do princípio da proporcionalidade.

Diante da realidade cultural brasileira, onde grande parcela da população tem o hábito de beber socialmente, e onde o Estado sempre incentivou o uso do transporte individual e pouco investe em transporte público, a simples existência da lei impondo a tolerância zero e ameaçando com pesadíssimas sanções, pesa sobre o cidadão como

---

<sup>162</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 201.

verdadeira “espada de dâmocles”, causando preocupação constante e restringindo seu lazer e seus hábitos, com reflexos negativos sobre sua qualidade de vida. Considerando a possibilidade de ser detectada a presença de álcool no organismo até 12 horas após seu consumo<sup>163</sup>, a proibição não se restringe ao momento em que o cidadão vai dirigir, atingindo o próprio modo de vida de grande parcela da população.

A ingestão de bebidas alcoólicas em níveis moderados é um fato cultural inegável, aceito na grande maioria das sociedades. Criminalizar, ou mesmo, punir administrativamente, a partir de dado momento, conduta amplamente aceita e arraigada nos costumes do povo, sem que se demonstre dano ou ameaça a bem ou direito, é medida de difícil justificação e desprovida de razoabilidade. O efeito de tal punição sobre a vida de um profissional que depende de seu veículo para dar sustento à sua família pode ser desastroso.

A inconstitucionalidade do instituto, na forma como vem sendo aplicado, encontra mitigação na interpretação proposta pelo professor Damásio de Jesus, no sentido de que o termo “influência” indica necessidade de condução anormal e não simples presença de álcool no sangue<sup>164</sup>. Tal interpretação, além de apresentar maior conformidade com a Constituição, mostra-se coerente com a lição de Eros Grau, ao submeter o texto ao contexto histórico e cultural da realidade brasileira, sem se prender ao legislador<sup>165</sup>. Nesse caso, resta desconforme apenas a desproporcionalidade da sanção.

Da mesma forma, a aplicação da penalidade administrativa regulada pelo art. 165 do CTB, nas condições estabelecidas no § 3º do art. 277, se mostra inadequada por incorrer na incongruência de punir o cidadão pelo exercício regular de seu direito de não produzir prova contra si mesmo. O que está autorizado por uma norma, não pode ser defeso por outra. O princípio do direito ao silêncio está explícito no art. 5º, XVIII da Constituição, constituindo-se em norma de eficácia plena e imediata, conforme leciona José Afonso da

---

<sup>163</sup> POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. **Conhecendo a LEI SECA**. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

<sup>164</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.153.

<sup>165</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

Silva, não se entendendo como razoável aceitar a existência de qualquer norma infraconstitucional que o negue.<sup>166</sup>

A fiscalização realizada pela autoridade de trânsito, assim como o ato realizado pelo condutor, são universais, aplicando-se indistintamente tanto para efeitos administrativos quanto penais. Não há uma separação de atos destinados a um ou outro âmbito, até porque, naquele momento não existe processo nem administrativo nem penal. Portanto, sancionar sob a ótica administrativa o ato constitucionalmente autorizado sob a ótica penal, com base em norma infraconstitucional, não encontra respaldo em argumentos de razoabilidade.

A inocência é a regra, pois a culpa imputada a alguém pela prática de um fato não se presume. Enquanto não ficar plenamente demonstrado, por meio de provas em direito admitidas, que o motorista dirigia sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa, não poderá o agente público imputar-lhe qualquer penalidade, independentemente da sua recusa em submeter-se a qualquer exame de alcoolemia. Ninguém pode ser punido sem o devido processo legal, por isso a pena imposta ao condutor que se recusar a fazer o exame de teor alcoólico é uma afronta ao princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna.

Na seara penal, a alteração introduzida na tipificação do crime previsto no novo art. 306 do CTB suscita questionamentos face a sua possível inconformidade ao princípio constitucional da não culpabilidade, que consubstancia no Direito Penal pátrio a responsabilidade subjetiva, em detrimento da responsabilidade objetiva, há muito superada pela moderna doutrina penal<sup>167</sup>.

Segundo o princípio da ofensividade, não há crime sem ofensa ao bem jurídico tutelado. Portanto, como justificar a prisão em flagrante, ou a mera imputação de crime, pelo simples fato de o cidadão estar dirigindo com concentração superior a seis decigramas de álcool no sangue, quando este conduz seu veículo de forma absolutamente normal e segura, sem qualquer ameaça à segurança no trânsito? Em função da materialidade

---

<sup>166</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

<sup>167</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 254.



exigida do tipo é que se contestam os chamados crimes de perigo abstrato, pois os mesmos não se conformam ao princípio da lesividade ou ofensividade<sup>168</sup>.

Outro aspecto polêmico que envolve o tipo esculpido pelo art. 306 do CTB, diz respeito à aferição do índice de alcoolemia superior a seis decigramas nele textualmente descrito e, assim, entendido como elementar do tipo. Diante da máxima constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, a possibilidade de produzir a prova fica praticamente inviabilizada. O exame clínico e a prova testemunhal não têm o condão de demonstrar o teor de alcoolemia, só aferível por prova técnica, podendo apenas se referir ao estado de embriaguez, o que não confere tipicidade formal ao fato, conduzindo, destarte, a um juízo definitivo de atipicidade<sup>169</sup>.

A polêmica doutrinária envolvendo a questão da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato certamente não é descabida e não apresenta indícios de que possa ser pacificada em breve. Os ensinamentos da história não devem ser olvidados, mas a evolução social e a necessária atualização do direito para se adequar ao seu tempo, certamente exigem do direito penal posicionamentos que possam garantir os novos bens jurídicos surgidos nesse contexto, como é o caso dos direitos sociais e coletivos. A doutrina não pode servir de empecilho a essa evolução, pois a mesma deve servir ao direito e não o inverso, assim como, o direito deve servir à sociedade e não a sociedade ao direito.

Caminha nessa direção o entendimento expendido pelo professor Damásio ao interpretar o dispositivo extensivamente, considerando que o tipo só se realiza mediante a condução anormal do veículo, oferecendo dessa forma, efetivo risco à incolumidade pública, caracterizando lesão ao nível de segurança do trânsito, bem jurídico tutelado, classificando, assim, o ilícito como crime de lesão e de mera conduta<sup>170</sup>.

Independentemente da posição adotada quanto à questão referida, forçoso é concluir que andou mal o legislador na construção do tipo penal insculpido no art. 306 do CTB. Diante da proibição constitucional à auto-incriminação forçada, o estabelecimento de

---

<sup>168</sup> Idem, p. 164.

<sup>169</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14396>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

<sup>170</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito, anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.18.

uma elementar do tipo condicionada à perícia técnica, no caso o índice de alcoolemia, inviabiliza a produção da prova. Considerando a impossibilidade de definir um índice a partir do qual o efeito do álcool sobre o indivíduo efetivamente torne a sua condução veicular atentatória à segurança do trânsito, não há razoabilidade no texto do dispositivo legal, pois fere diversos princípios constitucionais que orientam o direito penal, entre eles os da presunção de inocência, e da lesividade.

## CONCLUSÃO

A relevância do tema se evidencia pelo número de pessoas afetadas, pelos valores econômicos envolvidos e, principalmente, por tratar da preservação da vida, bem jurídico maior a ser tutelado. A participação significativa do álcool na ocorrência de acidentes de trânsito é inegável, assim como, a competência do poder público para estabelecer restrições aos direitos individuais em nome do interesse público, desde que coerentes com sua finalidade e razoáveis em seu dimensionamento.

Os fins, embora meritórios, não podem justificar os meios quando estes não obedecem aos princípios que fundamentam as relações sociais. No caso da Lei 11.705/2008, na ânsia de oferecer uma resposta aos dados alarmantes das estatísticas da violência no trânsito, incorreu o legislador em exagero repressivo, estabelecendo alcoolemia zero, sem atentar que tal medida não é coerente com a realidade cultural e com a infraestrutura de serviços públicos oferecidos pelo próprio Estado à população.

Nos termos em que vem sendo aplicada, em que se entende que “influência” é sinônimo de qualquer nível de alcoolemia, conforme estabelece o art. 276, a norma estabelecida no art. 165 do CTB, com a redação dada pela Lei 11705/2008, por estabelecer uma exigência desconectada da realidade à qual deve ser aplicada, mostra-se desprovida de razoabilidade, e, ao impor sanções desproporcionais à gravidade do fato reprimido e exageradamente mais gravosas que sanções atribuídas a ilícitos de maior gravidade, não atende às exigências do postulado da proporcionalidade, incorrendo em inconstitucionalidade.

Da mesma forma, o dispositivo do § 3º do art. 277 do CTB, afronta a norma insculpida no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal e desrespeita o princípio da presunção de inocência, ao penalizar o cidadão pelo exercício legítimo de um direito e presumir sua culpabilidade, mostrando-se desprovida de razoabilidade no sentido de congruência.

Já o crime formalizado pela redação dada ao art. 306 do CTB pela Lei 11.705/2008, tem sua tipificação comprometida em função do equívoco cometido pelo legislador ao incluir no tipo uma elementar que exige prova técnica, a qual só poderá ser obtida com a anuência do transgressor em produzi-la. Além disso, não se adéqua ao princípio da lesividade, criminalizando conduta que não representa lesão ou risco de lesão ao bem jurídico que visa proteger, qual seja a segurança do trânsito.

A embriaguez indubitavelmente oferece sérios riscos, tanto por parte dos condutores de veículos como dos demais agentes que participam do trânsito, e precisa ser combatida com medidas educativas e também fortemente repressivas. As normas e penalidades estabelecidas no CTB, com as alterações introduzidas pela Lei 11.275/2006, oferecem instrumentos adequados ao combate à embriaguez, carecendo de ações eficientes do poder público em sua aplicação e fiscalização para surtir efeitos adequados. O ânimo de que se revestem as medidas implementadas pela Lei 11705/2008 não é o de combater a embriaguez, e sim todo e qualquer consumo de álcool, independente de oferecer ou não risco de lesão à segurança do trânsito.

A eliminação total do risco é impossível, entretanto, sem a necessidade de restringir desproporcionalmente os direitos individuais de ninguém e ferir normas constitucionais, educação, fiscalização efetiva, punições tempestivas e rigorosas, investimentos em transportes públicos eficientes e em melhoria das condições de segurança das estradas, são providências adequadas e capazes de reduzir significativamente a violência e os acidentes de trânsito no Brasil, as quais competem ao e precisam ser cobradas do poder público.

## REFERÊNCIAS

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRÁFEGO (ABRAMET).** Disponível em: <<http://abramet.org/informacoes/noticias>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

ÁVILA; Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.103** – Informação AGU/STF nº 02-2008. Brasília, 22 jul 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 de dezembro 2010.

BRASIL. **Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 de março 2011.

BRASIL. **Lei Nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 de março 2011.

BRASIL. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. **Conhecendo a LEI SECA**. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **PLV – Projeto de Lei de Conversão Nº 13 de 2008**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85048](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85048)>. Acesso em 04 abr. 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.103-DF**. Petição inicial. Brasília, 03 jul 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=261524&tipo=ADI%2F4103>>, acesso em 19 abr 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELGADO, Yordan Moreira. **Exagero Legislativo: Lei Seca pode reduzir acidentes, mas provoca injustiças graves**. Revista Consultor Jurídico. Julho 2008. Disponível em:

<[http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei\\_seca\\_reduzir\\_acidentes-injusticas\\_graves](http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes-injusticas_graves)>. Acesso em: 12 mai 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14396>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

INTERNATIONAL CENTER FOR ALCOHOL POLICIES (ICAP). Disponível em: <<http://www.icap.org/PolicyIssues/DrinkingandDriving/tabid/92/Default.aspx> >. Acesso em: 12 mai 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de Trânsito – Anotações à parte criminal do Código de Trânsito**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Ieda Maria de Oliveira; FIGUEIREDO, José Carlos; MORITA, Patrícia Alessandra; GOLD, Philip. **Fatores Condicionantes da Gravidade dos Acidentes de Trânsito nas Rodovias Brasileiras. Texto para discussão nº 1344**. Brasília: IPEA, 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td-1344.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Crimes de Trânsito – Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDEIROS, Geraldo. **Como o álcool age no corpo**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/nutricao-homo-obesus/sem-categoria/como-o-alcool-age-no-corpo/>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica – Nova Retórica**. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: Mensagem nº 404, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/..%5CMsg%5CVEP-404-08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/..%5CMsg%5CVEP-404-08.htm)> Acesso em 04 abr. 2011.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.